Należytość pocztową opłacono ryczałtem.

Rok XV. CZERWIEC - LIPIEC - SIERPIEŃ 1938 *Nr. 6—8*

GŁOS PRAWA

WYCHODZI RAZ NA MIESIĄC,
REDAGOWANY PRZY WSPÓŁUDZIALE PRZEDSTAWICIELI
NAUKI I PRAKTYKI PRAWA PRZEZ
Dra ANZELMA LUTWAKA
ADWOKATA WE LWOWIE.

**„Lud walczyć musi o prawo
jak o mury miasta!"**
Heraklit z Efezu.

PRENUMERATA W CIĄGU ROCZNIKA 1938: całorocznie 19 zł. półrocznie 10 zł., kwartalnie 5 zł. 50 gr. Osoby utrzymujące się z płac miesięcznych, otrzymują na żądanie ulgi, ewent. nawet do 12 zł. rocznie, 7 zł. półrocznie lub 4 zł. kwartalnie.

Prenumerata ulgowa bywa przyznawana w każdym przypadku godnym uwzględnienia.

Zagranicą cena prenumeraty podwyższa się o 50%.

Cena niniejszego zeszytu dla nieprenumeratorów: 10·— zł.

SKŁAD GŁÓWNY NA KONGRESÓWKĘ: KSIĘGARNIA F. HOESICKA W WARSZAWIE, UL. SENATORSKA 22.

ADRES REDAKCJI I ADMINISTRACJI: LWÓW, SENATORSKA 4.

Telefon Nr. 249-38.

Zeszyt niniejszy, przeszło potrójnej objętości, liczy 232 str.

TREŚĆ:

Maurycemu Allerhandowi

w hołdzie

z okazji 70-tych urodzin.



ROK XV. CZERWIEC-LIPIEC-SIERPIEŃ 1938 Nr. 6—8

GŁOS PRAWA

redagowany przez Dra ANZELMA LUTWAKA, adwokata we Lwowie
przy współudziale przedstawicieli nauki i praktyki prawa.



Wydając zeszyt niniejszy ku czci Prof. Dra Maurycego Allerhanda z okazji ukończenia w dniu 28 czerwca br. 70-ciu lat życia, podajemy na najbliższych kartach Jego życiorys „naukowy" — pióra prawnika wysokiej miary, jednego też z najbardziej do oceny naukowej kompetentnych prawników polskich, jakim jest prof. Jan Jakub Litauer.

Redaktorowi pozostaje niewiele do dodania — a jednak coś ważnego, istotnego.

Najbardziej mianowicie istotnym, kulminacyjnym — rzekłbyś — punktem widzenia przy ocenie osobistości ludzkiej, jest punkt widzenia — ludzki.

Można być znakomitym uczonym, można mieć duże zdolności i talenty, być odkrywcą, wynalazcą, myślicielem — a jednak być przy tym małym, słabym, a nawet niedobrym człowiekiem.

Dzieje ludzkości wymieniają dość liczne postacie znakomitych twórców, którzy jednak — poza swoją sztuką lub umiejętnością — w życiu prywatnym lub publicznym byli ludźmi małego, słabego, ba nawet nikczemnego charakteru.

Stąd istnieje dla ludzkości jedno z najboleśniejszych i najzawrotniejszych zagadnień społecznych, ogólnoludzkich, które daje się poniekąd ująć w te trzy słowa: talent a charakter... Ilekroć właśnie na tle życia społecznego lub na tle wydarzeń o znaczeniu dziejowym, ważymy na szalach naszego sumienia te dwa pierwiastki, te dwie moce ludzkiej duszy, musimy — chcąc nie chcąc — przyznać walor wyższy w postępie cywilizacji i kultury — charakterowi.

Bo wartość człowieka jako człowieka stoi ponad wszystkimi wartościami społecznymi! — Wieleż dopiero znaczy i waży charakter zacny u prawnika!

Jak może też być np. dobrym sędzią, cennym adwokatem człek moralnie tępy?

Jak mógłby być nauczycielem prawa człowiek pozbawiony wybitnych zalet charakteru?

Prawo tworzą — prawo wykładają i tłumaczą... ludzie. Rzecz jasna otóż, że nie tyle od ich talentu, ile od ich charakteru zależy charakter prawa; — że od ich intencyj zależą intencje prawa, — zależy to wielkie, decydujące „imponderabile", które od wiekopomnego dzieła Monteskiusza zwykliśmy mienić „duchem prawa".

Z pod dłoni Maurycego Allerhanda nie mógł wybujać chwast złego prawa — a wykwitały z głębin Jego duszy pęki najzacniejszych, twórczych myśli prawnych.

W osobie Maurycego Allerhanda cenimy atoli nie tylko znakomitego prawnika, słynnego prawodawcę — nie tylko wysokie walory intelektualne, ale — co więcej — powszechnie znaną dobroć serca, zacność duszy, pracowitość niestrudzoną, uczynność zawsze czujną i gotową.

Ogromny dorobek piśmienniczy Prof. Allerhanda, ogromny zasięg Jego naukowych zainteresowań, zdołała umożliwić przede wszystkim Jego zjawiskowa pamięć, ogarniająca tyle dziedzin prawa — pamięć, jaką tylko polihistorzy rozporządzają, a z którą łączy się u Niego wybitnie naukowy, ścisły zmysł badawczy w całym nieledwie zakresie prawa formalnego i materialnego.

Głos Prawa — zarówno redaktor jak i ogół czytelników tego czasopisma — poczuwają się do najgłębszej wdzięczności dla Jubilata, zawdzięczając wieloletniej a bezinteresownej, prawdziwie ofiarnej Jego współpracy, od pierwszej chwili istnienia tego czasopisma, znaczny szereg rozpraw i opinij prawnych, a każdy z tych utworów Jego ingenium prawniczego, Jego ogromnej, wielostronnej wiedzy, był dla nas darem nielada, darem nie na „dzisiaj" tylko...

Hołd głęboki i wdzięczność trwała należą się Mu od nas, a uznanie i pamięć nieśmiertelna od ogółu prawnictwa.

Niechajże niniejsza wiązanka prac prawniczych, ku czci Twej, Kochany Profesorze, osobliwie napisanych, będzie dla Ciebie tego hołdu, wdzięczności i uznania dokumentem publicznym, a długich jeszcze i szczęsnych lat żywota zwiastunem.

Anzelm Lutwak.

ŻYCIORYS.

Prof. Dr Maurycy Allerhand urodził się w Rzeszowie dnia 28 czerwca 1868. Ojciec jego był zamożnym właścicielem dóbr i oddawał się naukom prawniczym. Już w gimnazjum, do którego uczęszczał w Rzeszowie, odznaczał się wybitnymi zdolnościami do nauk ścisłych i zajmował się wyższą matematyką. Z gorącym zamiłowaniem oddał się naukom prawniczym na Uniwersytecie wiedeńskim, gdzie uzyskał doktorat praw w roku 1892.

Praktykę adwokacką odbywał Jubilat we Lwowie w kancelariach wybitnych i powszechnego miru zażywających adwokatów, bł. p. Nusbrechera i Fläschnera. Również w sądach lwowskich odbywał praktykę sądową, w czasie której zdolnościami i wiedzą zwrócił na się uwagę sfer sędziowskich. W roku 1900 otwiera kancelarię we Lwowie, zdobywając sobie nie tylko jako znakomity prawnik i adwokat, lecz także jako człowiek o wielkich zaletach charakteru, rozległą i poważną klientelę.

W roku 1902 został przez b. austriackie Ministerstwo Sprawiedliwości zamianowany egzaminatorem do egzaminów sędziowskich i adwokackich w obrębie Apelacji lwowskiej i od tego czasu piastuje tę funkcję nieprzerwanie do dziś dnia.

Zajmując się oprócz praktyki adwokackiej w wielkiej mierze pracą naukową, już w czasie studiów uniwersyteckich opublikował cały szereg rozpraw z dziedziny prawa, a nawet matematyki oraz ludoznawstwa, którym z wielkim zamiłowaniem się zajmował.

W czasie praktyki adwokackiej ogłosił dłuższe rozprawy w Gellera Zentralblatt für Juristische Praxis (1896), — Zivilprozessuale Erörterungen über Ratengeschäfte (1897), — Die Unterbrechung des Zivilprozesses in höherer Instanz wegen Verdacht einer strafbaren Handlung (1898). W czasopiśmie „Lud" wychodzącym we Lwowie ogłosił rozprawy o Karaitach, małżeństwach żydowskich i o Chazarach. W roku 1899 wydał we Lwowie „Prawo imion" — rozprawę prawniczo-ludoznawczą. W roku 1901 ogłosił rozprawę o umowie pisemnej i ustnym oświadczeniu stron, a w r. 1902 „Kwestie procesowe".

W r. 1908 ukazało się nakładem księgarni B. Połonieckiego dzieło „Podstęp w procesie", jako praca habilitacyjna Jubilata. W r. 1909 zostaje habilitowany na Uniwersytecie J. K. do kate-

dry prawa procesowego. W r. 1917 zostaje profesorem nadzwyczajnym, zaś od roku 1920 mianowany jako profesor zwyczajny procedury cywilnej. W r. 1922 zostaje członkiem Trybunału Stanu.

Dalsze prace: — w r. 1909 „O prorogacji miejscowej właściwości sądu i jej stosunku do prorogacji rzeczowej właściwości", — dalej: „Istota restytucji i wznowienia"; oraz: „Nieważność wyroku z powodu nienależytego obsadzenia sądu"; — w r. 1910 „O zarzucie prejudycjalności"; — w r. 1914 „Uwagi do noweli procesowej"; oraz: „O zmianie okręgu sądowego"; — w r. 1914 „O kłamliwym oświadczeniu pozwanego w procesie wydobywczym"; — w r. 1916 „O umarzaniu dokumentów"; — w r. 1920 „O zmianie nazwiska".

Od r. 1919 jest stałym członkiem Komisji Kodyfikacyjnej, gdzie pracuje w kilku sekcjach, jako główny referent ustaw procesowych. Z polecenia Biura Głównego Kom. Kod. opracowuje też motywy ustawodawcze do postępowania układowego.

W r. 1921 wydaje: „Międzydzielnicowe prawo procesowe" nakładem Ministerstwa Sprawiedliwości w dziale nieurzędowym; — dalej w r. 1922: „Międzydzielnicowe prawo konkursowe"; — w r. 1932 i 1933 Komentarz do k. p. c., dwa tomy; — w r. 1934 Komentarz do prawa o notariacie; — w r. 1935 Komentarz do kodeksu handlowego; — w r. 1936 Komentarz do prawa upadłościowego.

Oprócz powyższych prac naukowych i dzieł ustawodawczych ogłosił Jubilat cały szereg rozpraw: w Przeglądzie Prawa i Administracji, w Głosie Prawa, w Przeglądzie Prawa Handlowego, w Czasopiśmie Sędziowskim, w Przeglądzie Sądowym, w Przeglądzie Notarialnym, w Zeitschrift für Ostrecht, w Gerichtshalle i w. i.

Liczne a znakomicie opracowane glosy w Orzecznictwie Sądów Polskich i w Orzecznictwie w sprawach administracyjnych i podatkowych, stanowią nie mniej chlubną kartę naukowej działalności Jubilata. Poza tym rozwijał Jubilat od długich lat cenną działalność jako członek Polskiego Towarzystwa Naukowego, Towarzystwa Prawniczego, Komitetu Redakcyjnego Orzecznictwa Sądów Polskich, Przeglądu Prawa Handlowego i Polskiego Prawa Cywilnego oraz całego szeregu stowarzyszeń naukowych, humanitarnych i filantropijnych.



JAN JAKÓB LITAUER.

Maurycy Allerhand jako kodyfikator.

Gdy realizuje się myśl zbiorowego uczczenia zasług Maurycego Allerhanda jako znakomitego prawoznawcy, nie mogę i ja nie zabrać głosu, ażeby zobrazować jego niezmierzoną i bodaj ponad wszelkie z kimkolwiek u nas porównanie płodną działalność na tym wielkim odcinku, na jakim stykam się z nim od lat bezmała dwudziestu, a mianowicie na odcinku kodyfikacji prawa polskiego.

Nie będzie to, niestety, obraz dość plastyczny, bo gdyby nawet streścić wszystkie jego prace w tym zakresie, wszystkie referaty drukowane i drukiem nie ogłoszone, wszystkie jego głosy, zamieszczone w urzędowych protokółach obrad Komisji Kodyfikacyjnej, to jeszcze pozostanie nieujawniony olbrzymi płat jego twórczych wysiłków myślowych, znanych tylko tym, którym dane jest uczestniczyć we wspólnych z nim dysputach, towarzyszących narodzinom nowego prawa. Wypada szczerze żałować, że obrady te i rozprawy nie są na podobieństwo rozpraw sądowych jawne; słuchając nacechowanych rozległym doświadczeniem życiowym i głęboką wiedzą wywodów prof. Allerhanda, współczesna młodzież prawnicza, mierząca siły na zamiary, uświadomiłaby sobie, że nie tak rychło i nie tak łatwo przyjdzie jej myślą swą zastąpić w dziele legislacji polskiej takich, jak On, prawników *„starej daty"*.

Nie wszyscy znakomici prawoznawcy mają wenę kodyfikatorską; o Allerhandzie trzeba powiedzieć, że należy do tych niezbyt licznych, którzy mają wybitne w tym kierunku uzdolnienie i bez których przeto kodyfikację prawa polskiego trudno byłoby sobie wyobrazić.

Już w zaraniu prac przygotowawczych, gdy — w oczekiwaniu powstania odpowiedniej instytucji projektodawczej w rodzaju Rady stanu — przy Ministerstwie Sprawiedliwości utworzone były tymczasowo komisje prawa handlowego i procedury cywilnej, Allerhand — *comme de raison* ich członek — przybywał ze Lwowa, aby brać udział w obradach nad prawem akcyjnym[1]) i nad przepisami o wykonaniu orzeczeń, pochodzących z innych dzielnic. Powołany następnie w 1919 roku do pierwszego składu Komisji Kodyfikacyjnej, zaciągnął się do wszystkich sekcyj cywilistycznych, a nadto brał udział w początkowej fazie obrad autonomicznej podkomisji ustroju sądownictwa.

---

[1]) Protokóły były ogłoszone w **Kwartalniku Prawa cywilnego i karnego.**

W sekcji prawa cywilnego opracował uwagi do projektu prawa międzynarodowego prywatnego. O jego poważnym wkładzie do tej dziedziny świadczą protokóły obrad ogłoszone drukiem. Brał udział w debatach nad projektami referentów ustawy o prawie autorskim, do której opracował też uwagi procesowe. Przedłożył projekt ustawy o uznaniu za zmarłego wraz z motywami.[2]) Uczestniczył w obradach nad projektem prawa małżeńskiego majątkowego, przedstawionym przez Jaworskiego (i odrzuconym przez sekcję). Wreszcie brał udział w obradach nad projektem kodeksu zobowiązań, które toczyły się początkowo we Lwowie za życia ówczesnego referenta Tilla.

W sekcji prawa handlowego Allerhand uczestniczył w obradach nad prawem wekslowym i czekowym, nad prawem patentowym i ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[3]), nad prawem o spółkach akcyjnych i o spółkach z ogr. odp., wreszcie w początkowych obradach nad kodeksem handlowym za referatu Górskiego.

Najwydatniejszą atoli działalność Allerhand rozwinął w sekcji procesu cywilnego, i tu właśnie zasługi jego jako referenta lub koreferenta są najdonioślejsze.

Wszystkim naszym prawnikom niewątpliwie jest znane wydawnictwo „Komisja Kodyfikacyjna Rzplitej Polskiej", a w nim dwutomowe dzieło zbiorowe pt. „Polska procedura cywilna — projekty referentów z uzasadnieniem"; tam też zamieszczone są liczne i obszerne referaty prof. Allerhanda: o właściwości sądu, o wartości przedmiotu sporu, o wyłączeniu sędziego, o postępowaniu przed sądem I instancji, o postępowaniach odrębnych, o sądach polubownych i o jurysdykcji krajowej. Znaczenie tych referatów dla wyprocowania przez ściślejszy komitet redakcyjny projektu ustawy było nie małe.

Mniej znany jest, nie mniej wszakże był istotny, jego udział w pracach podkomisji prawa egzekucyjnego, która korzystała z jego bogatego doświadczenia praktyka sądowego, a nadto w dziale postępowania zabezpieczającego miała za podstawę jego obszerny referat, opatrzony motywami.

Szczytem wszelako owocnej działalności Allerhanda są jego prace w ostatnim pięcioleciu na terenie podkomisyj prawa upadłościowego i postępowania niespornego.

Przedłożony przez niego projekt prawa upadłościo-

---

[2]) Projekt tekstu ustawy był ogłoszony drukiem.
[3]) Uwagi procesowe do tej ustawy były ogłoszone drukiem.

w e g o, oparty na gruntownej znajomości wszystkich ustaw europejskich i literatury, stał na najwyższym poziomie prac tego rodzaju; to też jemu właśnie powierzone zostało opracowanie uzasadnienia projektu, uchwalonego przez podkomisję. Uzasadnienie to, ogłoszone drukiem, znane jest szerokiemu ogółowi prawniczemu; jest ono, rzecz prosta, tylko skrótem obrad podkomisji, a myśli, wyłuszczone przez referenta w toku obrad podkomisji, znalazły rozwinięcie w jego znakomitym k o m e n t a r z u d o p r a w a u p a d ł o ś c i o w e g o. Rzecz prosta, że nie można było się obejść bez udziału Allerhanda i przy ostatecznym opracowaniu projektu prawa o p o s t ę p o w a n i u u k ł a d o w y m, choć udział ten przemilczał we wstępie do swego komentarza.

Obecnie zaś kodyfikacja nasza zawdzięcza mu szereg referatów przygotowawczych do k o d e k s u p o s t ę p o w a n i a n i e s p o r n e g o. Jest to bezwątpienia n a j t r u d n i e j s z y dział kodyfikacji prawa procesowego, zazębia się bowiem o wszystkie działy prawa m a t e r i a l n e g o. I tu właśnie rozmach kodyfikatorski Allerhanda najsilniej sie ujawnia; jego pomysły unifikacyjne wybiegają daleko poza granice legislacji procesowej i — niestety zamknięte w protokółach podkomisji postępowania niespornego — na razie nieznaczny tylko mogą mieć wpływ na ukształtowanie prawa materialnego. Referaty Allerhanda, przedłożone podkomisji zawsze z wyczerpującym uzasadnieniem, obejmują część ogólną kodeksu, a z części szczegółowej: postępowanie spadkowe (spadek wakujący, wyjawienie majątku spadkowego, zabezpieczenie i zmniejszenie zapisów, likwidację spadku, oddzielenie majątku spadkowego od majątku spadkobiercy, dział spadku, postępowanie spadkowe po cudzoziemcach), rozdziały o dobrowolnej sprzedaży w drodze licytacji, o stosunkach między współwłaścicielami nieruchomości, o stosunkach między małżonkami, o stosunkach między rodzicami i dziećmi, o opiece i kurateli, o odnowieniu i sprostowaniu granic.

Jak wiadomo, projekt części ogólnej kodeksu, uchwalony przez podkomisję w pierwszym czytaniu, został ogłoszony drukiem; u z a s a d n i e n i e tego projektu opracował A l l e r h a n d, a obecnie przygotował do rozważenia przez podkomisję u z a s a d n i e n i e p r o j e k t u r o z d z i a ł u o p o s t ę p o w a n i u s p a d k o w y m, uchwalonego ostatnio przez podkomisję również w pierwszym czytaniu; projekt ten wraz z uzasadnieniem wkrótce będzie ogłoszony.

Oto olbrzymi zaiste plon dotychczasowej działalności tego niepospolitego prawoznawcy na niwie kodyfikacji, — działalności ofiarnej, mającej na celu wyłącznie dobro sprawy, niezamąconej dążeniem do jakichkolwiek z tego tytułu odznaczeń. I choć jest pewne, że nie rychło ustanie On w tej przez

się umiłowanej pracy, to gdyby nawet postawić kropkę na tym, co już zdziałał, trzeba stwierdzić, że Allerhand dobrze zasłużył się kodyfikacji prawa polskiego.

Prof. Dr E. WAŚKOWSKI.

Ochrona posiadania podług projektu prawa rzeczowego.

Na terytorium Polski istnieją obecnie trzy systemy ochrony posiadania za pomocą skarg posesoryjnych: jeden system w Kongresówce i byłym zaborze austriackim, drugi — w byłym zaborze niemieckim, trzeci — na Ziemiach Wschodnich.

Pierwszy system, przyjęty przez najstarsze kodeksy dzielnicowe — francuski i austriacki — odtwarza teorię tradycyjną, która panowała w zachodnio-europejskiej literaturze XVIII wieku. Oparta ona jest na dwuch zasadach: 1) że ochronie za pomocą skarg posesoryjnych podlega nie każde posiadanie, lecz tylko posiadanie w sensie ścisłym, mianowicie połączone z zamiarem posiadania w charakterze właściciela *(cum animo domini)*, i 2) że w procesie posesoryjnym niedopuszczalne jest powoływanie się na prawo do posiadania *(exceptio juris)*. Obie te zasady uległy w ciągu XIX i XX stuleci ewolucji.

I. — Pojęcie posiadania w sensie ścisłym i zastosowanie skarg posesoryjnych tylko do tej formy posiadania, zostało ustalone na podstawie źródeł prawa rzymskiego i było bezpośrednio oparte na dwuch, umieszczonych w *Digestach*, fragmentach z dzieł prawnika Pawła. W tych fragmentach mówi się, że warunkiem posiadania jest „*animus possidentis*“, i że wskutek jego braku przedstawiciel i dzierżawca nie są posiadaczami[1]). Jak wykazał Ihering, była to indywidualna opinia Pawła, której nie podzielali inni prawnicy rzymscy, gdyż wyraz „*animus possidentis*“, w sensie Pawła, nie spotyka się więcej w Digestach, a prawo do ochrony posiadania za pomocą skarg posesoryjnych przyznaje się wyraźnie niektórym kategoriom posiadaczy, nie mającym tego „*animus*“, naprz. prekarzystom i wierzycielom zastawnym[2]). Opinia Pawła była błędnym uogólnieniem tylko części przy-

---

[1]) L. 1. § 20 (41, 2). L. 37 (13, 7).
[2]) Ihering, Der Besitzwille, 1889, 269 ff.

padków, w których posiadacze korzystali z ochrony posesoryjnej. Jednakże została ona bezkrytycznie przyjęta przez późniejszych prawników, którzy zamienili wyraz *„animus possidentis“* na wyraz *„animus domini“*, posłużyła za fundament dla teorii tradycyjnej i została usankcjonowana przez kodeksy francuski i austriacki.

Kodeks francuski stanowi: *„posiadanie jest to dzierżenie lub używanie rzeczy albo prawa, które dzierżymy lub wykonujemy bądź sami osobiście, bądź przez inną osobę, która rzecz dzierży lub wykonywa prawo w naszym imieniu“* (art. 2228). I dalej: *„Domniemywa się zawsze, iż każdy posiada za siebie oraz pod tytułem właściciela, jeżeli dowiedzionym nie jest, że zaczął posiadać za kogo innego“* (art. 2230).

Kodeks austriacki wyraża się jeszcze ściślej: *„kto rzecz ma w swojej mocy lub władzy, zowie się jej dzierżycielem. Jeżeli dzierżyciel rzeczy ma wolę zatrzymania jej, jako swojej, jest jej posiadaczem“* (§ 3 (9).

W zastosowaniu praktycznym teoria tradycyjna prowadziła do niesłusznego i niedorzecznego rezultatu: z ochrony posesoryjnej mieli korzystać przywłaszczyciele cudzych rzeczy, złodzieje i bandyci, albowiem posiadali *„animus domini“*, pozbawieni jej zaś byli depozytariusze, dzierżawcy, wierzyciele zastawni i inni uczciwi posiadacze, nie żywiący zamiaru przywłaszczenia cudzych rzeczy. Szczególnie dotkliwe było takie upośledzenie dla dzierżawców i najemców, którzy posiadali rzeczy we własnym interesie i korzystali z nich, ale nie mogli się bronić samodzielnie za pomocą skarg posesoryjnych. Tymczasem stanowią oni najliczniejszą kategorię posiadaczy legalnych, gdyż dzierżawa i najem są najczęściej stosowane w życiu i mają największe znaczenie gospodarcze. Dlaczegoż więc muszą oni być tak upośledzeni?

Savigny, który odtworzył oraz swoim autorytetem poparł i utrwalił w literaturze teorię tradycyjną, próbował ją nie tylko wyprowadzić ze źródeł prawa rzymskiego, lecz i dać jej racjonalne uzasadnienie, rozumując w ten sposób: *„Ponieważ posiadanie nie jest stosunkiem prawnym, przeto jego naruszenie nie jest naruszeniem prawa i może zostać nim tylko przez to, że jednocześnie narusza i inne prawo. Gdy więc posiadanie narusza się gwałtem, to w takim naruszeniu tkwi naruszenie prawa, albowiem każdy gwałt jest bezprawny, i właśnie to bezprawie ma być usunięte za pomocą interdyktu... Żadne samoistne prawo nie jest w tym przypadku naruszone, lecz w położeniu posiadacza zostaje coś zmienione ku jego krzywdzie, i jeżeli skutki tego bezprawia, które tkwi w gwałcie*

[3]) Zamiast **„animus possidentis“** używano wyrazów: **„affectus tenendi, possidendi, dominandi“**. Od czasów Savigny'ego ustalił się w literaturze termin **„animus domini“**. (**Bruns**, Das Recht des Besitzes, 1878, 368; — **Jhering**, Der Besitzwille, 249 ff.

przeciw osobie, mają być zupełnie usunięte, to może to nastąpić tylko przez przywrócenie lub ochronę faktycznego stanu, dotkniętego gwałtem"[4]).

Savigny przeocza, że dzierżawca i najemca pozostają w takim samym położeniu w razie, gdy ich dzierżenie ulega pogwałceniu: zmienia się ono bowiem „*ku ich krzywdzie*", która może być wyrównana tylko „*przez przywrócenie lub ochronę faktycznego stanu, dotkniętego gwałtem*". Z tego punktu widzenia, oczywista, jest niezrozumiałe, dlaczego dzierżyciele są pozbawieni ochrony posesoryjnej: jeżeli ustawa zabrania stosowania gwałtu nawet względem przywłaszczycieli cudzych rzeczy i bandytów, to tym bardziej zasługują na obronę swej osoby i swej sytuacji prawnej dzierżawcy, najemcy i inni legalni dzierżyciele.

Nie były zadawalniające i inne próby uzasadnienia „*bezbronności posesoryjnej*" dzierżycieli[5]). Upośledzenie ich spowodowane było w Rzymie okolicznościami, które obecnie nie istnieją. Naprz., dzierżawcy i najemcy pozostawali w Rzymie w zależności osobistej od właścicieli rzeczy, oddanych im do użytkowania[6]). Wobec zmiany, która zaszła w ich położeniu socjalnym, stało się koniecznym rozciągnięcie na nich dobrodziejstwa ochrony posesoryjnej. W tym celu francuski sąd kasacyjny, nie zważając na opozycję teoretyków, przyznał prawo do wytoczenia skargi o przywrócenie utraconego wskutek samowoli posiadania *(réintegrande)* wszystkim dzierżycielom, których dzierżenie było jawne i spokojne[7]). Inny sposób zastosowano w Austrii: dano ochronę dzierżawcom wobec tego, że — aczkolwiek nie są posiadaczami majątków, przez nich dzierżawionych, lecz posiadają (tj. wykonują faktycznie) prawo dzierżawy — „dzierżawca, który ma skargę petytoryjną tylko przeciw wydzierżawiającemu, może bronić się skargą posesoryjną także przeciw każdemu trzeciemu, który go narusza w posiadaniu prawa dzierżawy"[8]). — Przy tym nie uwzględnia się różnicy pomiędzy *wyzuciem* z posiadania a *zakłóceniem* posiadania i przyznaje się dzierżawcom i najemcom prawo i do skargi o zakłócenie posiadania. Dzięki temu ochrona posiadania w Austrii zbliżyła się do drugiego systemu, przyjętego przez kodeks niemiecki.

Ten drugi system, odstępując od teorii tradycyjnej,

---

[4]) Savigny, Das Recht des Besitzes, 1837, 8, 41.

[5]) Zob. mój artykuł „Przyszłość skarg posesoryjnych" w Nr 1 „Palestry" z r. 1937, str. 24 i n.

[6]) Jhering, l. c., 118.

[7]) Glasson et Tissier, Traité d' organisation judicaire et de procédure civile, I, 1925, 520 ss.

[8]) Zoll, Prawo cywilne, I, 1931, 293. Judykatura przytoczona u Wróblewskiego (Powszechny Austrjacki Kodeks Cyw., 1914, str. 240, 259).

ochrania każdego posiadacza, przez posiadanie zaś rozumie *„rzeczywistą władzę faktyczną nad rzeczą“* (§ 854) i nie wspomina o jakimkolwiek zamiarze *(animus)* posiadacza. Z tego wynika, że posiadaczami są, jak to potwierdza § 868, *„użytkownik, wierzyciel zastawny, dzierżawca, najemca, przechowawca lub pozostający w innym podobnym stosunku, mocą którego jest wobec drugiego na pewien czas uprawniony lub zobowiązany do posiadania“*, tj., innymi słowy: każdy dzierżyciel, którego dzierżenie oparte jest na jakimkolwiek prawie. Wyjątek zrobiono dla tych, którzy pozostają pod rozkazami innych osób, naprz. gospodarzy domu albo właścicieli przedsiębiorstw zarobkowych, i muszą stosować się do cudzych wskazówek (§ 855); ich nie uważa się za posiadaczy. — Ponieważ samowolne naruszenie posiadania jest zabronione (§ 858), posiadacz, któremu zostało odjęte posiadanie, może żądać przywrócenia posiadania (§ 861), a którego posiadanie zakłócono, — usunięcia naruszenia i zaniechania przyszłych naruszeń (§ 862).

Trzeci system poszedł jeszcze dalej w kierunku zrównania dzierżenia z posiadaniem, i zupełnie zatarł granicę między nimi. Krok ten zrobiło ustawodawstwo rosyjskie, obowiązujące dotychczas na Ziemiach Wschodnich, i przy tym — co jest najdziwniejsze — zrobiło go jeszcze na początku XIX wieku, wyprzedzając kodeksy Europy Zachodniej. Co prawda, było to nie tyle rezultatem świadomego czynu, ile następstwem ospałości ustawodawstwa, które pozostawało na uboczu od kodyfikacyjnego ruchu Zachodu.

Ochrona posiadania powstała w Rosji bardzo późno[9]). Zarodki skarg posesoryjnych, spotykane w źródłach starożytnego prawa rosyjskiego, nie zdołały się rozwinąć i zupełnie zamarły w czasach późniejszych. Aż do końca XVIII w. posiadanie samo przez się nie było chronione: skargi o ochronę posiadania były jednocześnie skargami o ochronę prawa własności. Dopiero w końcu XVIII stulecia została wprowadzona ochrona posiadania, naruszonego gwałtem; było przepisane policji, niezwłocznie przywracać odebrane gwałtem rzeczy. Przy wydaniu „Zwodu Praw“ w roku 1835 zostały umieszczone w 1 części X tomu dwa artykuły, poświęcone ochronie posiadania. Jeden (690) zabrania samowolę (*„surowo wzbroniona jest wszelka samowola w stosunku do majątków, nawet gdyby znajdowały się one w posiadaniu nieprawnym“*), a drugi stanowi, że *„każde posiadanie, nawet nieprawne chronione będzie przez rząd od gwałtu i samowoli, dopóki majątek nie zostanie przysądzony*

---

[9]) Niewolin Połnoje Sobranije soczizienij, III, 1857, 110 i. śl — **Pobiedonoscew,** Kurs grażdanskago prawa, I, 1896, 167—171.

innej osobie i nie będą wydane stosowne zarządzenia co do jego przekazania" (art. 531).

Ochrona posiadania nie jest tu uzależniona ani od zamiaru *(animus)* posiadacza, ani od prawa, na którym jest oparte lub z którym jest połączone. Przedmiotem ochrony jest więc sam stan faktyczny, bez żadnych kwalifikacyj, ani warunków. Również brakuje w I cz. X t. innych wskazówek na różnicę między posiadaniem a dzierżeniem[10]), termin zaś „*posiadanie*" używany jest w sensie obszernym każdej władzy faktycznej nad rzeczą. Wobec tego ochrona posesoryjna służyć miała i dzierżycielom. Porządek ochrony pozostał ten sam: policyjny. Dopiero ustawy sądowe z roku 1864, wprowadzając sądy pokoju, odniosły do ich kompetencji skargi o przywrócenie naruszonego posiadania (art. 29 ust. post. cyw.). Ponieważ prawo materialne nie uległo zmianie przy reformie sądowej, więc z ochrony posesoryjnej nadal korzystało „*każde posiadanie, nawet nieprawne*", nie wyłączając posiadania dzierżawców i najemców, jak również innych dzierżycieli[11]).

Projekt prawa rzeczowego określa posiadanie jako „*stan faktycznego władztwa nad rzeczą, odpowiadającego treści prawa własności*" (art. 423), a dzierżenie, jako „*władztwo faktyczne nad rzeczą za kogo innego*" (art. 424). — Od posiadania rzeczy odróżnia się posiadanie praw, tj. władztwo faktyczne nad rzeczą, „*odpowiadające treści służebności, prawa najmu lub dzierżawy, zastawu albo innego prawa, z którym łączy się władza nad rzeczą*" (art. 423).

Skargi posesoryjne przysługują tylko posiadaczom przeciwko temu, kto samowolnie dopuścił się naruszenia posiadania, jak również przeciwko osobie, na której korzyść naruszenia dokonano. Posiadacz może wystąpić z żądaniem o przywrócenie stanu poprzedniego i o zaniechanie dalszych naruszeń (art. 433). — Z tego przepisu wynika, że dzierżenie nie podlega ochronie posesoryjnej, i tak byłoby rzeczywiście, jeżeliby art. 424 nie stanowił w § 2: „*dzierżyciel, sprawujący władztwo za posiadacza rzeczy, może być równocześnie posiadaczem prawa*". — A więc dzierżawca i najemca nie mają prawa do ochrony posesoryjnej, jako dzierżyciele, lecz mają, jako posiadacze prawa dzierżawy i najmu. Tak więc projekt to, co odebrał dzierżycielom jedną ręką, zwraca im drugą.

---

[10]) Nie mniej jednak, pod wpływem teorii tradycyjnej, rozpowszechniła się w literaturze rosyjskiej opinia, że dla posiadania potrzebny jest **animus domini**. Ale przytaczane na dowód tej opinii argumenty nie wytrzymują krytyki. Zob. mój artykuł „Pojęcie posiadania w prawie rosyjskim", („Żurn. Min. Juticji", 1896, Nr 4).

[11]) Orzecz. Depar. Cyw. Sen. 1880 N 235, 1897 N 79 i inne.

W gruncie rzeczy oznacza to przyrównanie dzierżycieli — o ile chodzi o ochronę posesoryjną — do posiadaczy.

Zdaje mi się jednak, że lepiej byłoby wprost postanowić, że tak posiadaczom, jak i dzierżycielom służy prawo, w razie samowolnego naruszenia ich posiadania, żądać przywrócenia stanu poprzedniego i zaniechania dalszych naruszeń. Przecież posiadaniem prawa Projekt nazywa wykonanie treści nie jakiegokolwiek prawa, lecz tylko takiego prawa, „*z którym łączy się władza nad rzeczą*“ (art. 423). Jasne więc jest, że w istocie chroniona jest „*władza nad rzeczą*“, niezależnie od tego, z jakim prawem jest związana. Tymczasem mówiąc, że ochronie podlega — nie „posiadanie“ dzierżyciela, lecz jego „posiadanie prawa“, dajemy powód do przypuszczenia, że dzierżyciel, wytaczając skargę posesoryjną, winien nie tylko powołać się na naruszenie swego posiadania, lecz wskazać, jakie prawo do posiadanej rzeczy wykonuje, a gdyby oświadczył, że nie wykonuje żadnego prawa, a naprz., posiada rzecz nieobecnego sąsiada w charakterze *negotiorum gestoris*, to przegrałby sprawę.

II. — Drugim kamieniem węgielnym tradycyjnej teorii jest zakaz zgłoszenia w postępowaniu posesoryjnym ekscepcji prawa własności *(exceptio domini)* albo w ogóle jakiegokolwiek prawa *(exceptio juris)*. W tym postępowaniu chodzi tylko o przywrócenie stanu faktycznego, naruszonego przez samowolne czynności pozwanego, chociażby pozwany miał prawo własności lub inne prawo, upoważniające go do posiadania spornej rzeczy. Wobec tego wyrok sądu, skazujący pozwanego na przywrócenie posiadania powoda, ma znaczenie tylko prowizoryczne, gdyż po ukończeniu procesu posesoryjnego może być wszczęty proces petytoryjny, który zniweczy możliwie rezultat, osiągnięty w procesie poprzednim. Oczywista, podwójne rozpoznanie tej samej kwestii nie jest racjonalne, i lepiej byłoby od razu i definitywnie rozstrzygnąć ją i ustalić, kto ma prawo do posiadania. Jednakże dopuszczenie ekscepcji prawa mogłoby skutkować skomplikowanie i przeciągnięcie postępowania, w procesie zaś posesoryjnym chodzi o najszybsze przywrócenie naruszonego stanu faktycznego. Wobec tego zakaz *ekscepcji juris* figuruje we wszystkich ustawodawstwach, poczynając od prawa rzymskiego a kończąc na kodeksach XIX stulecia.

Jednakże już od czasów glosatorów ujawniła się w literaturze i w praktyce sądowej tendencja do dopuszczenia *ekscepcji juris* w przypadkach, kiedy może ona być rychło udowodniona i nie spowoduje zwłoki, naprz., kiedy z akt sprawy, lub z jasnych dokumentów, lub też z przyznania przeciwnika wynika, że naruszyciel posiadania rzeczy jest jej właścicielem. — Donellus uważał, że dowód własności może być uw-

zględniony, jeżeli zostanie przedłożony tego samego dnia... Lauterbach pisał, że ze względu na słuszność przyjmuje się powszechnie, iż *exceptio juris* ma być uwzględniona, jeżeli prawo własności jest notoryczne albo może być udowodnione niezwłocznie. W tymże sensie wypowiedział się szereg innych prawników[12]). Kodeks niemiecki pierwszy dopuścił *exceptio juris*, lecz w bardzo ograniczonym zakresie: skarga posesoryjna ulega odrzuceniu, jeżeli naruszyciel przedstawi prawomocny wyrok sądowy, ustalający, że miał prawo do sprowadzenia takiego stanu posiadania, który byłby zgodny z jego sposobem postępowania (§ 864). Dopiero kodeks szwajcarski ustalił ogólną zasadę, że naruszone posiadanie nie podlega przywróceniu, jeżeli naruszyciel natychmiast udowodni swoje prawo do posiadania (art. 927).

Projekt prawa rzeczowego nie wspomina o *exceptio juris*, lecz nie zabrania kategorycznie jej zgłoszenia, a z jego przepisów wynika, że jest ona dopuszczalna w stosunku do nieruchomości, mających księgi wieczyste. Wniosek ten wynika z dwuch artykułów Projektu: *„Domniemywa się, że posiadaczowi służy posiadane przezeń prawo. Dotyczy to również poprzedniego posiadacza“* (art. 427), i — *„Na domniemanie prawa, wynikające z posiadania, nie można powołać się przeciwko wpisowi w księdze wieczystej“* (art. 429). W myśl tych przepisów posiadacz, którego posiadanie zostało naruszone, może wytoczyć powództwo, jako domniemany właściciel lub podmiot innego prawa, które faktycznie wykonywa, lecz domniemanie to nie ma mocy przeciwko wpisowi w księdze hipotecznej, a więc pozwany, mający uregulowaną hipotekę, może zgłosić *eskcepcję juris* i powołać się na wpis w tej księdze.

Projekt obrał i tu, podobnie jak w kwestii ochrony dzierżenia, drogę okrężną: zamiast wprost dopuścić zgłoszenie zarzutu prawa, na wzór kodeksu szwajcarskiego[13]), ustalił domniemanie, wynikające z posiadania, i dopuścił wyjątek od niego względem majątków z hipoteką uregulowaną. Wskutek ograniczenia tego wyjątku tylko do części majątków nieruchomych, zarzut prawa pozostał wykluczony w stosunku do ruchomości i do majątków nieruchomych, nie mających uregulowanej hipoteki. Trzeba jed-

---

[12]) W naszej literaturze prof. St. **Wróblewski.** Zob. wskazówki i cytaty u **Przybyłowskiego.** (Podstawowe zagadnienia z zakresu ochrony posiadania, 1929, str. 94 i n.).

[13]) Jak to proponowali prof. **Gołąb** („Ruch Prawn. i Ekon.“ 1930, Nr 3, str. 400 i „Palestra“ 1938, Nr 4, str. 334) oraz prof. **Przybyłowski** (l. c., str. 93).

nakże zaznaczyć, że to nie będzie miało znaczenia praktycznego, ponieważ skargi posesoryjne w stosunku do ruchomości są zbędne[14]), a podług art. 341 Projektu wszystkie nieruchomości muszą posiadać księgi wieczyste.

Z powyższego wynika, że Projekt podobnie, jak kodeks szwajcarski, od którego różni się tylko redakcją, stoi na szczycie ewolucji ochrony posiadania. Pozostaje tylko jeden krok do zupełnego skasowania skarg posesoryjnych, które — po dopuszczeniu *ekscepcji juris* i konsekwentnym zastosowaniu systemu hipotecznego do wszystkich nieruchomości — wyjdą z użycia.

STANISŁAW GOŁĄB
Kraków

Państwowa Władza Opiekuńcza.

I. — W mym projekcie prawa rodzinnego[1]) wprowadziłem instytucję Państwowej Władzy Opiekuńczej, poświęcając jej szereg przepisów, nie normując jednak jeszcze jej organizacji, którą pozostawiłem osobnemu uregulowaniu prawnemu. Lecz zakres działania Państwowej Władzy Opiekuńczej, o ile idzie o stosunki rodzinne, przewidział projekt szczegółowo. I tak, według projektu, Państwowa Władza Opiekuńcza:

1) ustanawia kuratora dla obrony urodzenia dziecka w małżeństwie;

2) przyjmuje uznanie — przez oboje rodziców — dziecka za urodzone w małżeństwie;

3) postanawia o opiece nad dzieckiem z małżeństwa nieważnego;

4) przyjmuje uznanie za swoje — przez ojca lub dziadka — dziecka, urodzonego poza małżeństwem;

5) rozstrzyga sprzeciw matki lub dziecka przeciwko takiemu uznaniu, o ile nie odeśle stron na drogę procesu cywilnego;

6) ustanawia opiekę nad dzieckiem, urodzonym poza małżeństwem, które nie może być powierzone władzy rodzicielskiej;

7) stwierdza zgodę rodziców na nadanie nazwiska ojca

---

[14]) Zob. mój artykuł „Przyszłość skarg posesoryjnych w Nr 1 „Palestry" z r. 1937.

[1]) Patrz pismo „Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja prawa o stosunkach z pokrewieństwa i opieki", zeszyt I,. Warszawa 1934.

dziecku, urodzonemu poza małżeństwem, jak również zgodę rodziców, aby dzieci z małżeństwa przybrały nazwisko matki, a wreszcie przyjmuje oświadczenie męża matki, nadającego jej dziecku za jej zgodą swoje nazwisko i udziela lub odmawia zezwolenia na takie nadanie, jeżeli dziecko jest małoletnie;

8) zarządza jeszcze przed urodzeniem się dziecka (poza małżeństwem) zapłacenie przez ojca natychmiast po urodzeniu się dziecka kosztów jego utrzymania i kosztów należnych matce;

9) może pozbawić władzy rodzicielskiej matkę dziecka, zrodzonego poza małżeństwem, lub dodać jej doradcę, albo oddać dziecko komu innemu z wyłączeniem władzy rodzicielskiej matki lub ojca. Doradca może też być przydany matce dziecka zrodzonego w małżeństwie, jeżeli ojciec już nie żyje;

10) rozstrzyga spory i zażalenia w kwestii sprawowania pieczy rodzicielskiej, a w szczególności, gdy dziecko chce sobie obrać inny zawód, niż mu przepisują rodzice;

11) zatwierdza akty prawne, zobowiązujące dziecko lub rozporządzające jego prawami;

12) wydaje zarządzenia konieczne do ochrony dziecka, jeżeli rodzice nie spełniają należycie swych obowiązków, a nawet w pewnych przypadkach może odebrać dziecko rodzicom i zarządzić odpowiednie umieszczenie go na koszt rodziców w zakładzie lub przy innej rodzinie — wreszcie orzeka o zawieszeniu władzy rodzicielskiej w razie przeszkód po stronie rodziców w jej wykonywaniu;

13) przywraca władzę rodzicom w razie ustania przyczyn jej odebrania, jak również z ważnych przyczyn przedłuża tę władzę na okres pełnoletności;

14) czuwa nad należytym zarządem majątku dziecka przez rodziców;

15) przyjmuje adopcję lub odmawia jej zatwierdzenia, zwalnia od niektórych jej wymogów i rozstrzyga o zasadności braku zezwolenia rodziców lub opiekuna na adopcję.

Mimo, że jak wspomniałem, organizacja Państwowej Władzy Opiekuńczej była to wówczas *cura posterior*, znaleźli się krytycy, którzy przesądzili z góry, że to będzie instytucja czysto biurokratyczna i że poza tym — jest to zamach na prawa, monopol, wielkość etc. sądownictwa. żartobliwy ten haft krytyczny odbił się też poniekąd w obradach „Podkomisji prawa o stosunkach z pokrewieństwa i opieki", gdzie zarzucono, że Państwowa Władza Opiekuńcza jest to *tabula rasa*, jest wielką niewiadomą, nie pozwalającą na stanowczą decyzję w dotyczących materiałach projektu. Ale w literaturze podniosły się też głosy wyrażające nadzieję, że Państwowa Władza Opiekuńcza będzie instytucją o szerokim podłożu społecznym, a więc niezbiurokratyzowaną, a Towarzystwo

„Opieka“ w Warszawie jeszcze w roku 1934 uznało za pożądane stworzenie specjalnego urzędu opiekuńczego, któryby:

a) posiadał inicjatywę występowania z akcją sądową o uznanie ojcostwa lub macierzyństwa, we własnym imieniu, lub w imieniu rodzica, opiekującego się dzieckiem,

b) pośredniczył w polubownym ustanowieniu opieki i określaniu obowiązku alimentarnego na rzecz dziecka nieślubnego,

c) sprawował kontrolę nad punktualnym płaceniem alimentów i pośredniczył w ich wpłacie i wypłacie na żądanie stron,

d) posiadał władzę rodzicielską i obowiązek alimentacyjny w stosunku do dzieci rodziców nieznanych,

e) obejmował opieką wszystkie dzieci nieślubne swego okręgu.

II. — Kiedy już w pierwszym czytaniu podkomisja powzięła niemal w całości uchwały co do projektu prawa o stosunkach rodziców i dzieci, wyłoniła się konieczność unormowania także organizacji owej Władzy Opiekuńczej, o której ten projekt niejednokrotnie wspomina, przydzielając jej duży zakres działania. Wezwany o to przez wymienioną podkomisję, złożyłem w styczniu br. projekt prawa o organizacji Państwowych Urzędów Opiekuńczych. Oparłem się w nim na już uchwalonym projekcie prawa rodzinnego, do którego dostosowałem zakres działania urzędów opiekuńczych.

Według tego projektu państwowe urzędy opiekuńcze powołane być mają w szczególności do: udzielania lub odmowy zezwolenia na przedsięwzięcie ważniejszych czynności prawnych przez małoletniego lub ubezwłasnowolnionego częściowo; do rozstrzygania wniosku o upełnoletnienie; do rozstrzygania o zrównaniu dziecka, urodzonego poza małżeństwem, z dziećmi z małżeństwa, o uznaniu dziecka przez ojca za swoje, oraz o nadaniu mu nazwiska przez ojca; do usuwania uchybień rodziców przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej, rozstrzygania w razie ich niezgodności, do zawieszenia a nawet odebrania władzy rodzicielskiej[2]), tudzież do jej przywrócenia; do wydawania różnych zarządzeń w sprawie opieki nad dzieckiem lub ustanowienia doradcy dla matki, niemniej do ustanowienia kuratora dla obrony urodzenia dziecka w małżeństwie, jak również w razie sprzeczności między interesami rodziców i dzieci; do wydawania zarządzeń dla ochrony majątku dziecka — i wreszcie do zatwierdzenia przysposobień małoletnich i przez małoletnich.

Oprócz tego, do zakresu państwowych urzędów opiekuń-

---

[2]) Uchwalono następnie, że uczynić to może Sąd okręgowy na wniosek Państwowej Władzy Opiekuńczej.

czych mają należeć sprawy ze stosunku opieki i kurateli, przewidziane właściwymi przepisami, dotąd w Komisji Kodyfikacyjnej nieopracowanymi — jak również inne jeszcze czynności, nie przewidziane wprawdzie w prawie rodzinnym i opiekuńczym, ale poddane właściwości państwowych urzędów opiekuńczych rozporządzeniami właściwych Ministerstw. One to[3]) ustanawiają poszczególne urzędy opiekuńcze, bądź odrębne, bądź przy sądach grodzkich, na koszt Skarbu Państwa.

Skład państwowego urzędu opiekuńczego miał być następujący: przewodniczący i jego zastępcy powołani będą spośród sędziów przez ministra sprawiedliwości; pełnienie tych funkcyj może też być powierzone sędziom sądu grodzkiego, przy którym ustanowiono państwowy urząd opiekuńczy. Oprócz przewodniczącego i jego zastępców w skład tego urzędu wchodzi odpowiednia ilość radców opiekuńczych, powołanych z łona społeczeństwa na podstawie list kandydatów, przedstawionych przez opiekunów społecznych i komisje opieki społecznej. Radcą opiekuńczym może być każdy obywatel polski nieskazitelnego charakteru, który ukończył lat 30 i włada językiem polskim w słowie i piśmie. Radcowie opiekuńczy są w sprawowaniu swego urzędu niezawiśli i obowiązani do zachowania tajemnicy urzędowej.

Rozprawy w urzędach opiekuńczych mają być prowadzone w zespołach z 3 członków tj. z przewodniczącego i dwóch radców opiekuńczych. Postanowienia poza rozprawą wydaje przewodniczący lub jego zastępca, lecz strony mogą żądać wyznaczenia rozprawy w każdej sprawie, w której *in merito* orzekł sam przewodniczący. Termin rozprawy musi być wyznaczony bez zwłoki pod osobistą odpowiedzialnością przewodniczącego. Przede wszystkim dążyć należy do załatwienia sprawy w trybie pojednawczym.

Na rozprawie państwowy urząd opiekuńczy może przeprowadzić dowody, przewidziane w kodeksie postępowania cywilnego, choćby ich strony nie powołały. Nie jest on wiązany ustawowymi regułami dowodowymi, lecz orzeka według swego przekonania, opartego na swobodnym rozważeniu wszelkich okoliczności. W szczególności państwowy urząd opiekuńczy może przeprowadzić dowody ze świadków i z przesłuchania stron nawet przeciwko dowodom z dokumentów, oraz brać pod uwagę ustne przyrzeczenia, dane przed, przy lub po sporządzeniu dokumentu, choćby z nim nie były zgodne.

Postanowienia urzędu opiekuńczego są natychmiast wykonalne, można jednak uzależnić ich wykonanie od stosownego zabezpieczenia. Od postanowień państwo-

[3]) Minister Sprawiedliwości oraz Minister Opieki Społecznej w porozumieniu z Min. Spraw Wewnętrznych.

wego urzędu opiekuńczego dopuszczalne jest — w braku odmiennych przepisów — zażalenie do Sądu okręgowego z przyczyn nieważności, z powodu naruszenia prawa przez błędną wykładnię lub niewłaściwe stosowanie, jak również z powodu niewyświetlenia okoliczności, będących podstawą dla należytego rozstrzygnięcia. Zażalenie rozstrzyga ostatecznie sąd okręgowy w składzie jednego sędziego okręgowego jako przewodniczącego i dwóch radców opiekuńczych (w składzie trzech sędziów).

III. — Oto treść głównych przepisów mojego projektu o urzędach opiekuńczych.

Po konferencji z p. referentem działu o opiece prof. K. Lutostańskim dodałem na jego życzenie następujące postanowienia:

W sprawach opiekuńczych do zakresu państwowych urzędów opiekuńczych należy:

a) przygotowanie i ocena materiału faktycznego, koniecznego do powzięcia decyzji przez sędziego;

b) prowadzenie rejestrów opiekuńczych:

c) staranie o sporządzenie wymaganych inwentarzy i protokołów;

d) badanie rachunków i inne rzeczy, wchodzące w skład nadzoru administracyjnego.

Państwowy urzęd opiekuńczy przedstawia również wnioski w sprawie wychowania i kształcenia małoletnich, pozostających pod opieką, i to bądź samoistnie, bądź na żądanie sędziego.

Oprócz radców opiekuńczych, urzędy opiekuńcze posługują się delegatami miejscowymi do spraw opiekuńczych, którzy im udzielają informacyj i składają sprawozdania.

Były to jednak tylko sformułowane życzenia, które dopiero miały wejśść pod obrady podkomisji. Przed nimi poczynił jeszcze uwagi do mego projektu prof. Wł. Abraham.

Nadto prof. Lutostański złożył uzupełnienie swych odmiennych propozycyj, krótko przeze mnie sformułowanych jak wyżej, przedstawiając najpierw, na jakich zasadach pragnie oprzeć przyszły projekt prawa o opiece, a następnie starając się rozgraniczyć dokładniej kompetencje urzędów opiekuńczych i sądów w sprawach opiekuńczych.

Na sesję kwietniową 1938 złożył jeszcze przewodniczący podkomisji prawa rodzinnego W. Miszewski swoje częściowo odmienne propozycje.

IV. — Projekt, uchwalony następnie przez podkomisję w I czytaniu, na posiedzeniach w kwietniu i maju br., zostanie niebawem ogłoszony drukiem i rozesłany do oświadczenia się różnym instytucjom. Tu podamy tylko krótką treść najważniejszych jego postanowień. Otóż urzędy opiekuńcze tworzy

się we wszystkich miejscowościach, w których znajduje się siedziba sądu grodzkiego, jednak minister sprawiedliwości może również tworzyć takie urzędy w innych miejscowościach i przy sądach grodzkich.

W skład urzędu opiekuńczego wchodzi sędzia lub sędziowie opiekuńczy, powołani przez ministra sprawiedliwości spośród sędziów sądów powszechnych za ich zgodą; jeden z nich jest kierownikiem urzędu. Dalej należą tu radcowie opiekuńczy, mianowani na 3 lata przez prezesa sądu apelacyjnego z list przedstawionych przez zarządy gminne. — Nie mogą być radcami opiekuńczymi funkcjonariusze państwowi lub samorządowi, wojskowi, duchowni i członkowie ciał prawodawczych. Radca opiekuńczy jest na równi z sędzią niezawisły i obowiązany do zachowania tajemnicy urzędowej[4]). Jeżeli dopuści się przestępstwa lub poważnego naruszenia swych obowiązków, może być pozbawiony swego stanowiska. Wśród radców opiekuńczych wyróżnia się tych, którzy mają zasiadać w kolegiach orzekających; muszą oni mieć wykształcenie przynajmniej w zakresie gimnazjalnym, wzgl. równorzędnym. Kolegium składa się z sędziego opiekuńczego jako przewodniczącego i z dwóch radców opiekuńczych. Przewodniczący jeżeli wyraża zdanie odrębne od nich, może wstrzymać wykonanie orzeczenia i przedstawić sprawę sądowi okręgowemu do rozstrzygnięcia. Radcy opiekuńczemu może sędzia opiekuńczy lub kolegium orzekające zlecić wykonanie czynności przygotowawczych, może on też zgłaszać urzędowi opiekuńczemu wnioski w przypadkach, w których wymagane jest zarządzenie lub orzeczenie urzędu.

Urząd opiekuńczy orzeka kolegialnie w sprawie zezwolenia na przedsięwzięcie ważniejszych czynności prawnych, dotyczących małoletniego lub ubezwłasnowolnionego; w sprawie zezwolenia na zaprzeczenie w drodze powództwa przez dziecko małoletnie swego urodzenia w małżeństwie; w sprawie zrównania dziecka pozamałżeńskiego z dzieckiem z małżeństwa; w sprawie wydania zarządzeń w celu usunięcia uchybień zagrażających dobru dziecka; w sprawie zawieszenia władzy rodzicielskiej, gdy ojciec lub matka z powodu przeszkód nie mogą jej sprawować; w sprawie wniosku o odebranie rodzicom władzy rodzicielskiej lub o jej przywrócenie; przy powzięciu decyzji o ustanowieniu z urzędu doradcy dla matki, sprawującej władzę rodzicielską i o ograniczeniu funkcji doradcy; w sprawie wydania zarządzeń, koniecznych do ochrony majątku dziecka; przy rozstrzyganiu sprzeciwu od uznania za swoje dziecka pozamałżeńskiego; wreszcie, w sprawie zezwolenia na przysposobienie przez małoletniego i na przysposobienie mało-

[4]) Radcy opiekuńczy pełnią swe obowiązki bezpłatnie, ale mogą domagać się zwrotu utraconego zarobku i kosztów podróży.

letniego jak również w sprawie zgodnego rozwiązania stosunku przysposobienia przez małoletnich.

Natomiast sędzia opiekuńczy rozstrzyga samoistnie o ustanowieniu kuratora, opiekuna, doradcy i o wyznaczeniu zarządcy — dalej udziela samoistnie zezwolenia na upoważnienie małoletniego do założenia gospodarstwa lub przedsiębiorstwa; rozstrzyga wniosek o upełnoletnienie, wydaje polecenie wypłaty zarobku małoletniego rodzicom, poleca przedłożenie inwentarza majątku dziecka, przyjmuje uznanie dziecka pozamałżeńskiego przez ojca, tudzież oświadczenie o nadaniu mu nazwiska.

W postępowaniu przed urzędami opiekuńczymi stosują się w zasadzie przepisy o postępowaniu niespornym. W zakresie postępowania dowodowego urzędy opiekuńcze nie są związane wnioskami osób interesowanych. Postanowienia wydane przez urzędy opiekuńcze, są z reguły natychmiast wykonalne — wykonalność może być jednak wstrzymana do prawomocności postanowienia. Od postanowień służy zażalenie do sądu okręgowego. Skarga kasacyjna do sądu najwyższego dopuszczalna jest jedynie w sprawie o zrównanie dziecka pozamałżeńskiego z dzieckiem z małżeństwa i w sprawie sprzeciwu od uznania dziecka pozamałżeńskiego[5]).

Prof. STEFAN GLASER.

Kilka uwag o podżeganiu i pomocnictwie do przestępstwa nieumyślnego.

Jak wiadomo, zagadnienie możliwości, względnie karalności podżegania do przestępstwa nieumyślnego, należy do najbardziej spornych w nauce i może się poszczycić nader bogatą literaturą[1]).

Zwłaszcza w nauce niemieckiej zdania w tym przedmiocie są podzielone. Jedni uważają, że zasadniczo *de lege lata* może zachodzić podżeganie i pomocnictwo tylko w stosunku do takiego zachowania się, które po stronie sprawcy jest przestępstwem umyślnym; tego zaś, kto podżega lub udziela pomocy

---

[5]) W chwili oddania do druku tego artykułu wyszło z druku pismo **„Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja prawa o stosunkach z pokrewieństwa i opieki“**, zeszyt 2, Warszawa, 1938, zawierające projekt prawa o stosunkach rodziców dzieci, oraz **projekt przepisów o urzędzie opiekuńczym**, z wezwaniem prezydenta Komisji Kodyfikacyjnej, Bolesława Pohoreckiego o składanie uwag do projektów powyższych.

[1]) Z prac monograficznych, zob. w szczeg.: **Bintz**, Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen, 1895, oraz **Weinberg**, Teilnahme an fahrlässigen Handlungen, bez daty.

do przestępstwa, dokonanego nieumyślnie, poczytują za sprawcę pośredniego. Na tym stanowisku stoją m. i. Liszt-Schmidt (26 wyd. 1932, 342 oraz 329), Allfeld, Gerland, Frank, Mezger. Inni natomiast dopuszczają podżeganie i pomocnictwo do czynów nieumyślnych, tak m. i. Beling, Binding, Birkmeyer, Mayer, Olshausen, Lobe, Rittler, Weinberg, częściowo także P. Wolf i Zimmerl. Są atoli i tacy, którzy kwestię tę rozstrzygają odmiennie dla podżegania i pomocnictwa. Tak np. Singewald oświadcza się za dopuszczalnością tutaj jedynie podżegania, Hippel (II 462) natomiast poczytuje w takim wypadku podżegacza za pośredniego sprawcę, czyn zaś pomocnika uważa za bezkarny.

Zasadniczy argument tych, którzy przeczą możliwości podżegania i pomocnictwa w stosunku do czynów nieumyślnych, płynie stąd, że w ustawodawstwie niemieckim panuje zasada tzw. akcesoryjności uczestnictwa. Jak wiadomo, czyn główny (Haupthandlung) ma tutaj dominujące stanowisko, że jest miarodajny także dla odpowiedzialności uczestnika. Uczestnik, podżegacz i pomocnik, odpowiadać mogą tylko w granicach winy sprawcy czynu głównego, chociażby ich wina przerastała winę tegoż sprawcy.

Otóż dzięki tej zasadzie akcesoryjności uczestnictwa dopuszczenie podżegania i pomocnictwa przy przestępstwach popełnionych nieumyślnie, musiałoby prowadzić do niezadawalających wyników, tak ze stanowiska logiki jak i słuszności. Uczestnik bowiem, mimo, że po jego stronie zachodzi wina umyślna, mógłby odpowiadać co najwyżej za przestępstwo z winy nieumyślnej, o ile zaś dla danego przestępstwa (czynu głównego) wymagana jest wina umyślna, musiałby w ogóle uchodzić bezkarnie. Np. podżegacz, który wie, że czyn, do którego nakłania, spowoduje śmierć innej osoby, mógłby odpowiadać tylko za nieumyślne zabójstwo, o ile sprawca czynu głównego jedynie mógł lub powinien był przewidzieć taki wynik swego działania. O ileby zaś podżeganie dotyczyło przestępstwa karalnego tylko w razie umyślnego popełnienia, podżegacz, z uwagi na brak takiej winy po stronie sprawcy czynu głównego, uchodziłby w ogóle bezkarnie. W ten sposób podporządkowanie takiego wypadku pod pojęcie uczestnictwa (Teilnahme), musiałoby prowadzić w konsekwencji do zmiany samej istoty takiej konstrukcji: do tego mianowicie, że uczestnictwo przemieniłoby się z „powodu rozszerzającego karalność“ (Strafausdehnungsgrund), w „powód zwężający karalność“ (Strafeinschränkunksgrund)[2]).

Tego rodzaju wadliwe konsekwencje, płynące z akcesoryjności uczestnictwa, sprawiły, że, jak widzieliśmy, wielu autorów uważało za właściwe uciec się tutaj do konstrukcji

---

[2]) Zob. Frank, Komentarz 18 wyd. 1931, 110.

sprawstwa pośredniego. W ten sposób podżegacz, względnie podżegacz i pomocnik odpowiadałby jako sprawca pośredni, za to przestępstwo, w którym (w tym charakterze) uczestniczył. Takie stanowisko zajęła też judykatura Sądu Rzeszy.

Rzecz jasna, że w odniesieniu do kodeksu polskiego tego rodzaju objekcja nie zachodzi, tzn. niema powodu, dla którego miałoby się wyłączać podżegania i pomocnictwa w stosunku do przestępstwa popełnionego nieumyślnie[3]). Kodeks ten, zrywając z konstrukcją akcesoryjnego uczestnictwa, usamodzielnia tym samym pod względem odpowiedzialności podżegacza i pomocnika. Podżegacz i pomocnik odpowiadają za dane przestępstwo w granicach własnego zamiaru, zupełnie niezależnie od odpowiedzialności sprawcy, tj. tej osoby, której dotyczyła ich czynność.

Konstrukcyjno-logiczna możliwość podżegania i pomocnictwa w stosunku do czynu, urzeczywistniającego istotę przestępstwa, a dokonanego z winy nieumyślnej, nie może budzić żadnych wątpliwości. Nic nie stoi na przeszkodzie, by uznać za podżegacza tego np., kto wiedząc o tym, że strzelba jest nabita, nakłania B. do oddania strzału w kierunku C., nawet i w tym wypadku, gdy po stronie B. brak winy umyślnej: w niczym nie powinno wpłynąć na charakter „nakłaniającego", czy B. chciał zabić C., względnie czy taki skutek przewidywał i godził się nań (art. 14 § 1), czy też jedynie możliwość takiego skutku przewidywał, lecz bezpodstawnie przypuszczał, że go uniknie, względnie skutku tego nawet nie przewidywał (nie przypuszczał, że strzelba jest nabita), chociaż mógł i powinien go był przewidzieć (art. 14 § 2). W obu wypadkach nakłaniający będzie podżegaczem w rozumieniu ustawy, ponieważ miał świadomość, że nakłania do popełnienia „przestępstwa" (art. 26). Rzecz przedstawiałaby się odmiennie jedynie wówczas, gdyby ustawa poczytywała za podżegacza tego tylko, kto inną osobę nakłania do popełnienia przestępstwa „umyślnego". Tego dodatku atoli ustawa nie zna.

To samo dotyczy pomocnictwa. I tutaj chodzi o udzielenie pomocy do popełnienia „przestępstwa", obojętnie czy umyślnego czy też nieumyślnego (art. 27). Będzie więc pomocnikiem np. ten, kto podaje pielęgniarzowi truciznę zamiast lekarstwa, by tym sposobem pozbawić życia chorego, jeśli tylko pielęgniarz działa culpose: jeżeli np. nie przewidywał wprawdzie, że może to być trucizna, jednak mógł lub powinien był to przewidzieć.

Inaczej przedstawiałaby się rzecz wówczas, gdyby ten, kto urzeczywistnia typ rodzajowy przestępstwa, kto zatem realizuje istotę czynu kradzieży, zgwałcenia czy zabójstwa, dzia-

---

[3]) Tak też słusznie Sąd Najwyższy ostatnio w wyroku z 16/IX 1937, 1 K 511/37.

łał bez jakiejkolwiek winy. Wówczas nakłaniający czy też udzielający pomocy nie mógłby odpowiadać jako podżegacz (art. 26) lub pomocnik (art. 27) w rozumieniu ustawy, ponieważ podmiotowo czyn, do którego nakłoniono lub też udzielono pomocy, nie byłby „przestępstwem" właśnie dla braku zawinienia po stronie sprawcy. Nakłanianie i pomaganie do czynu nieprzestępnego, nie może uzasadnić odpowiedzialności na podstawie tych typów zjawiskowych. W tego rodzaju wypadkach należy przyjąć tzw. sprawstwo pośrednie (lub intelektualne). Nakłaniający, względnie udzielający pomocy, winien odpowiadać jako sprawca pośredni[4]).

Rzecz jasna, że zarówno podżeganie jak i pomocnictwo w rozumieniu ustawy, muszą być czynami „umyślnymi". Podżegacz i pomocnik muszą wiedzieć, że nakłaniają, względnie udzielają pomoc do „przestępstwa". Muszą zatem zdawać sobie sprawę zarówno ze swej czynności, tj., że to co czynią, stanowi nakłanianie, względnie udzielanie pomocy, jak również że ta ich czynność odnosi się do „przestępstwa". Brak winy umyślnej w jednym czy drugim kierunku wyklucza odpowiedzialność za podżeganie, względnie pomocnictwo. Nie będzie więc odpowiadał za podżeganie ten, kto albo nie zdaje sobie sprawy, że to co czyni, jest „nakłanianiem" albo nie wie, że to do czego nakłania, jest „przestępstwem". Podobnie, gdy chodzi o odpowiedzialność za pomocnictwo. Kodeks nasz bowiem nie zna konstrukcji nieumyślnego podżegania czy też pomocnictwa.

Z drugiej atoli strony nie należy stąd wyprowadzać takiego wniosku, by podżegacz czy pomocnik musiał zawsze odpowiadać za umyślne przestępstwo. Kto nakłania lub udziela pomocy do przestępstwa umyślnego, np. do umyślnego zabójstwa, ten będzie zawsze odpowiadał za przestępstwo umyślne, za umyślne zabójstwo dokonane pod postacią podwójną (art. 26 i np. 225). Będą oni nie odpowiadać jedynie za taki skutek (względnie stan) jaki był objęty ich winą, niezależnie od tego jaka odpowiedzialność pod względem zawinienia ciąży na sprawcy (czy za przestępstwo umyślne czy też nieumyślne). Może zajść zatem taka sytuacja, że podżegacz (czy pomocnik) będzie odpowiadał za przestępstwo nieumyślne, pomimo, iż sprawca (nakłoniony) odpowiada za przestępstwo umyślne: np. podżegacz wie, że strzelba nabita, przewiduje zatem, że C. utraci życie, jednak tego skutku nie chce: skutek ten objęty jest po jego stronie tylko winą umyślną; natomiast sprawca, który się zdecydował na taki czyn („spróbowanie" wystrzelenia w kierunku C.) pod wpływem namowy podżegacza, możliwość tego skutku przewiduje i nań się godzi *(dolus eventualis)*. Podżegacz winien w tym wypadku odpowiadać za nie-

[4]) Zob. Glaser, Prawo karne 1933, 237 nn.

umyślne zabójstwo pod postacią podżegania a zatem z art. 26 i 230, pomimo, iż sprawca będzie odpowiadał z art. 225. I nadwrót. Podżegacz nie tylko wie, że strzelba nabita, ale także chce by C. utracił życie; sprawca natomiast skutku tego nawet nie przewiduje, jednak mógł lub powinien go był przewidzieć: podżegacz winien odpowiadać z art. 26 i 225, pomimo, iż sprawca będzie odpowiadał tylko z art. 230. Podżegacz bowiem i pomocnik odpowiadają „w granicach swego zamiaru. niezależnie od odpowiedzialności osoby, która zamierzonego czynu dokonała, lub miała dokonać“ (art. 28).

Powtarzamy: podżeganie i pomocnictwo muszą być zawsze czynami umyślnymi. Podżegacz i pomocnik atoli odpowiadają za takie przestępstwo, jakie było objęte ich winą. Stąd dalszy wniosek, że podżegacz i pomocnik będą wolni od odpowiedzialności, o ile obejmowali winą umyślną taki czyn, który staje się przestępstwem tylko w razie umyślnego dokonania. W tym bowiem wypadku ich działanie (nakłanianie czy udzielanie pomocy) nie dotyczyło „przestępstwa“.

Dr LEON PEIPER
Przemyśl

Czy dopuszczalne jest dowodowe przesłuchanie strony, skazanej prawomocnie za fałszywe zeznanie?

I. — W urzędowym zbiorze orzeczeń Sądu Najwyższego z roku 1938 ogłoszono pod numerem 193 judykat (O. z 24 11 1936 C. II. 1610/36), wedle którego *„sąd cywilny wprawdzie może oprzeć się na zeznaniach osoby, skazanej za złożenie fałszywych zeznań, ale jedynie przy ustaleniu faktów, nieobjętych ustaleniami skazującego wyroku sądu karnego*“.

Podstawę do tego judykatu dała sprawa, w której Sąd Apelacyjny we Lwowie w sporze Marii K. przeciw Julii H. oparł częściowo swe ustalenia na zeznaniach pozwanej Julii H., którą poprzód skazano prawomocnie za fałszywe zeznanie, złożone w sprawie związkowej, toczącej się z powództwa Eliasza H. przeciw obecnej powódce Marii K.

Sąd Najwyższy otóż nie dopatrzył się w tym postąpieniu Sądu Apelacyjnego obrazy art. 7 §1 kpc., ponieważ ustalenia tegoż sądu *nie pozostają w sprzeczności z ustaleniami skazującego wyroku karnego* — nie dopatrzył się też Sąd Najwyższy obrazy przepisów art. 294 i 329 kpc., ponieważ z przepisów tych nie wynika, ażeby przy ustalaniu faktów, nieobjętych usta-

leniami skazującego wyroku sądu karnego, sądy cywilne nie mogły oprzeć się sa zeznaniach osoby, skazanej za złożenie fałszywych zeznań.

II. — Redakcja „Polskiego Procesu Cywilnego", dbająca stale o wyjaśnienie wszelkich wątpliwości, zrodzonych lub zrodzić się mogących na tle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, poddała w Nrze 9 i 10 z r. 1938 na stronie 292 i dal. powyższy judykat Nr. 193/37 szczegółowej analizie w dwugłosie pp. Glasera i Litauera — z następującym (w streszczeniu) wynikiem.

III. — Glaser uważa judykat Nr 193/37 za trafny, opierając się na następujących rozważaniach:

1) Judykat Nr 193/37 nie obraża przepisu art. 7 § 1 kpc., wedle którego ustalenia prawomocnego wyroku karnego wiążą sąd cywilny tylko o tyle, o ile chodzi o ustalenie spełnienia przestępstwa.

2) Przepis art. 7 § 1 kpc. zawiera wyjątek od zasady swobodnego ocenienia dowodów przez sędziego cywilnego; wyjątków zaś nie można interpretować rozszerzająco.

3) W przypadku, załatwionym ad 193/37 chodziło o ustalenie faktów, nie objętych wyrokiem skazującym — a tym samym judykat Nr 193/37 nie obraża przepisu art. 7 § 1.

4) Nie zachodzi obraza przepisu art. 329 kpc. w związku z art. 294 kpc., albowiem art. 294 zabrania tylko odebrania przysięgi od świadka, skazanego prawomocnie za fałszywe zeznania, nie zabrania tedy przesłuchania takiego świadka bez przysięgi. Gdy zaś wedle art. 329 do przesłuchania i przysięgi stron mają zastosowanie przepisy o świadkach (tj. między innymi art. 294), przeto wolno, w celach dowodowych, przesłuchać bez przysięgi stronę, skazaną poprzednio (prawomocnie) za złożenie fałszywego zeznania.

W końcu Glaser, powoławszy się na komentarze Allerhanda (str. 361) i mój (str. 689),[1]) dochodzi do konkluzji, że poprzednie skazanie strony procesowej za złożenie fałszywych zeznań nie stoi na przeszkodzie jej przesłuchaniu w celach dowodowych bez przysięgi i oparciu się na jej zeznaniach dowodowych, o ile te zeznania nie kolidują z przepisem art. 7 § 1 kpc., tj. nie dotyczą faktu spełnienia przestępstwa, ustalonego wyrokiem karnym.

IV. — Odpierając pogląd, wyrażony przez prof. Glasera, Litauer słusznie podnosi, że przepis art. 7 kpc. normuje wpływ skazującego wyroku karnego na ustalenia sądu karnego i ma znaczenie tylko wtedy, gdy chodzi o skutki cywilne

[1]) W moim komentarzu do kpc. zachodzi sprzeczność, albowiem na str. 689 (w uw. 3 do art. 329), znachodzi się pogląd, cytowany przez Glasera, natomiast na str. 680 (w uw. 9 do art. 323) wypowiedziałem pogląd przeciwny.

popełnionego przestępstwa[2]) — że w przypadku, załatwionym przez Sąd Najwyższy nie chodzi o skutki cywilne fałszywego zeznania, a tylko o dopuszczalność przesłuchania dowodowego strony, skazanej za krzywoprzysięstwo lub fałszywe zeznanie, złożone w jakiejkolwiek sprawie cywilnej lub karnej[3]) — wreszcie, że przesłuchanie dowodowe stron ma na celu ustalenie takich faktów, które nie mają nic wspólnego z ustalonym w wyroku karnym faktem krzywoprzysięstwa czy fałszywego zeznania.[4])

Wobec tego Litauer dochodzi (moim zdaniem trafnie) do konsekwencji, że zagadnienie tu omawiane należy rozwiązać bez związku z art. 7 kpc., a jedynie na podstawie przepisów kpc. o dowodzie z przesłuchania stron.

V. — Litauer odrzuca tezę, wypowiedzianą w judykacie Nr. 193/37, z następujących przyczyn:

1) Redaktorowie kpc. przejęli zasadę (raczej instytucję) dowodowego przesłuchania stron całkowicie z procedury austriackiej, a dążeniem ich było tylko, nadać odnośnym przepisom możliwie treściwą i lapidarną stylizację, któraby ją korzystnie odróżniała od nieco rozwlekłego pierwowzoru. W tym celu umieścili oni na czele rozdziału o dowodzie z przesłuchania stron obecny przepis art. 323 kpc., uwypuklający, że dowód z przesłuchania stron składa się z dwóch faz, tj. z niezaprzysiężonego a następnie z zaprzysiężonego przesłuchania stron (art. 323 § 1), wychodząc z założenia, że obie fazy stanowią organiczną całość środka dowodowego — tak, iż przed przystąpieniem do przesłuchania sąd musi uprzedzić strony, że — stosownie do okoliczności — może być nakazane stwierdzenie ich zeznań pod przysięgą.

---

[2]) Tj. gdy ktoś przeciw skazanemu lub innej osobie dochodzi roszczeń na podstawie wyroku karnego, a pozwana strona zwalcza ustalenia skazującego wyroku karnego (uwaga moja).

[3]) Kwestia dopuszczalności dowodowego przesłuchania strony powstać może, jeśli przesłuchać się mająca strona skazaną została: a) za fałszywe — zaprzysiężone lub niezaprzysiężone zeznania — złożone przez nią w charakterze **świadka**, w innej oczywiście sprawie cywilnej lub karnej, — b) za krzywoprzysięstwo złożone przez nią w innej jej sprawie cywilnej w charakterze strony; — c) za krzywoprzysięstwo, złożone **w tej samej** sprawie w charakterze **strony** (np. stronę zaprzysiężono i za jej zeznania zaprzysiężone skazano, a wskutek kontynuowania sprawy sąd przystąpić ma ponownie do jej przesłuchania dowodowego — wreszcie: d) za fałszywe zeznania, złożone przez nią w tej samej sprawie w charakterze świadka, np. słuchano kogoś poprzód błędnie jako świadka, np. interwenienta z art. 78 kpc. albo zastępcę ustawowego etc. z art. 324 zd. 1 kpc., a następnie ma się go przesłuchać jako stronę, albo np. osoba przesłuchana jako świadek, wstąpiła po tym przesłuchaniu do sprawy jako strona (art. 83, 192 kpc.) itd.

[4]) Tak powinno być i w regule tak będzie; niemniej zdarzyć się może, że sędzia wbrew przepisowi art. 7 kpc. **dopuści dowód** na fakty, ustalone w prawomocnym wyroku skazującym i przesłucha na nie stronę.

2) Wedle § 372 austr. proc. cyw. nie jest dopuszczalne przesłuchanie dowodowe strony skazanej poprzód za krzywoprzysięstwo lub za fałszywe zeznanie. Redaktorowie kpc. uważali za zbędne zamieszczenie wyraźnego przepisu na wzór § 372 austr. proc. cyw.; skoro bowiem przesłuchanie dowodowe strony składa się z dwóch faz, organiczną stanowiących całość, to — w razie odpadnięcia fazy drugiej (tj. zaprzysiężenia) — odpaść tym samym musi faza pierwsza, tj. przesłuchanie bez przysięgi.

3) Redaktorowie kpc. uważali opuszczenie przepisu § 372 austr. proc. cyw. za udoskonalenie, skoro na czoło przepisów o dowodzie z przesłuchania stron wysunęli przepis art. 323, a w szczególności § 3 tegoż art. — natomiast uważali oni za celowe wprowadzenie pojęcia *przeszkody prawnej* do przesłuchania strony (art. 325 kpc.)[5]), a przeszkodę prawną stanowi właśnie poprzednie skazanie przesłuchać się mającej strony za fałszywe zeznanie.

IV. — Przechodząc do rozpatrzenia argumentów, wytoczonych *pro i contra* judykatowi Nr. 193/37, zauważam co następuje:

1) Słusznie moim zdaniem Litauer odrzuca wywody Glasera na temat art. 7 § 1 kpc., gdyż przepis ten z omawianym tu zagadnieniem nie ma żadnego związku. W judykacie 193/37 kwestia art. 7 § 1 wypłynęła wskutek odnośnego zarzutu kasacji, opartego na tym, że pozwaną Julię H. skazano za fałszywe zeznania złożone w sprawie związkowej; Sąd Najwyższy odrzucił jednak zarzut z art. 7 § 1, ponieważ fakt, na który Julię H. przesłuchano w charakterze strony, nie był identyczny z faktem, który stwierdziła w poprzednim procesie jako świadek i za którego stwierdzenie ją skazano.

2) Słusznie zarzuca Glaser, że z zestawienia art. 294 i 329 nie wynika, iż nie można w celach dowodowych przesłuchać bez przysięgi strony skazanej za fałszywe zeznanie — atoli nie wciąga on w orbitę swoich rozważań przepisu art. 323 § 3 i myśli, które z niego wysnuć można.

3) Jeśli Litauer słusznie zauważa, że omawiane tu zagadnienie rozwiązać należy na podstawie przepisów kpc. o dowodzie z przesłuchania stron, to w rozdziale w tym dowodzie mieści się zarówno art. 323, na którym opiera się Litauer, jak i art. 329, na którym (w związku z art. 294) opiera się Glaser, a przy stosowaniu artykułu 329 niewątpliwie byłoby dopuszczalne niezaprzysiężone przesłuchanie strony skazanej za fałszywe zeznanie, gdyby nie uwzględniono istnienia i doniosłości przepisu art. 323 § 3.

---

[5]) Art. 325 kpc. opiewa: **„Jeżeli z przyczyn natury faktycznej lub prawnej na okoliczności sporne przesłuchać można jedną tylko stronę, sąd oceni, czy mimo to należy przesłuchać tę stronę, czy dowód ten pominąć w zupełności".**

4) Rozważenia Litauera, oparte na historii kodyfikacji Kpc., mają niewątpliwie wiele za sobą; faktem jest jednak, że Komisja Kodyfikacyjna nie wypowiedziała się *expressis verbis,* dlaczego nie wprowadza przepisu na wzór § 372 austr. proc. cyw. — czy dlatego, że go odrzuca, czy też dlatego, iż uważa go za zbędny wobec przepisów art. 323 § 3 i 325. Faktem jest dalej, że członek Komisji Kodyfikacyjnej Allerhand (komentarz do Kpc. str. 361) jest w przedmiocie tu omawianym przeciwnego zdania niż Litauer.

5) Słuszne jest zapatrywanie Litauera, że dowód z przesłuchania stron należy traktować jako całość, składającą się z dwóch faz; tak też Hroboni w Polskim Procesie Cywilnym z r. 1933 str. 166 powiada, że postanowienie dowodowe, którym dopuszczono dowód z przesłuchania stron opiewać musi na całość dowodu (podkreślenie Hroboniego), a nie może ograniczać się do jego poszczególnych faz, tj. tylko do niezaprzysiężonego zeznania lub wprost — z pominięciem tej fazy — do przysięgi strony. Myśli tej dał już wyraz odnośnie do austr. procedury cywilnej Sperl w Lehrbuch der bürger lichen Rechtspflege, Wien, 1930, str. 457 — wypowiadając zdanie, że do niezaprzysiężonego przesłuchania nie można dopuścić strony, której następnie zaprzysiąc nie można, gdyż wykluczoną jest kontynuacja dowodu *(„Fortsetzung des Beweises“)* przez jej zaprzysiężenie; uważa on więc dowód z przesłuchania strony za nierozerwalną całość.

VII. Podzielając w zupełności powyżej przedstawiony pogląd Litauera na kwestię dopuszczalności dowodowego przesłuchania strony skazanej za fałszywe zeznanie, mniemam, że trafność tego poglądu wynika także z następujących rozważań.

1. Nauka i prakyka austriacka stały bez wyjątku na sta nnwisku, że niezaprzysiężone zeznanie strony nie podlega reakcji karnej.[6]) Takie same stanowisko zajmuje zarówno praktyka jakoteż i nauka polska, z jednym, o ile wiem, wyjątkiem Glasera.[7]) Wobec tego niezaprzysiężone zeznanie strony nie różni się materialnie (czyli pod względem warunków wiarygodności i odpowiedzialności) niczym od tzw. *informatywnego przesłuchania* strony, tj. od wyjaśnień, składanych przez stronę na wezwanie sądu (art. 225 § 2 i 230 Kpc.), a więc w swej istocie nie stanowi i nie powinno stanowić żadnego dowodu.

2) Ustawodawca postanawia suwerennie, co i pod jakimi

---

[6]) Zob. **Lamasch-Rittler:** Oestr. Strafrecht, str. 307, **Altman:** Komentar zum oestr. Strafrecht, tom I, str. 542, zbiór urzędowy orzeczeń austr. Trybunału kasacyjnego Nr. 314 i 1035 oraz zbiór Löfflera, Nr. 311.

[7]) Zob. **mój** artykuł w Polskim Procesie Cywilnym z r. 1937 na str. 235 i nast., gdzie obszernie wyłuszczyłem przyczyny niekaralności niezaprzysiężonego zeznania.

warunkami stanowić może dowód. Otóż Kpc. wymienia wyczerpująco rodzaje środków dowodowych (świadkowie, biegli, dokumenty, oględziny), a zarazem postanawia, pod jakimi warunkami coś staje się prawidłowym, proceduralnym dowodem. Jeśli tedy nie zachowano tych warunków, nie może być mowy o istnieniu środka dowodowego. Tak np. nie będzie zeznaniem świadka i nie będzie mogło być uznane za dowód w rozumieniu proceduralnym, zeznanie złożone wobec sądu przez osobę w procesie nie uczestniczącą, której nie wypytano i nie uprzedzono o obowiązku zeznania prawdy po myśli art. 291 i dal. kpc.

Otóż przepis art. 323 § 3 Kpc., wymagający uprzedzenia strony przesłuchać się mającej o obowiązku zeznania prawdy i ewentualnej możności nakazania jej zaprzysiężenia zeznań, stanowi ów przedmiotowy i niezbędny warunek, od spełnienia którego zależy uznanie twierdzenia strony, nie podlegającego sankcji karnej, za *dowód* w rozumieniu ustawy. Wynika stąd a *contrario*, że —w braku uprzedzenia z art. 323 § 3 — zeznanie strony nie stanowi środka dowodowego i ma charakter zwykłego twierdzenia procesowego, czyli *wyjaśnienia* z art. 225 § 2 i 230 kpc.

Pod względem podmiotowym uprzedzenie z art. 223 § 3 wywiera — a co najmniej wywrzeć może — pewien psychiczny nacisk na stronę, gdyż stawia ją przed ewentualnością, że — w razie nakazu zaprzysiężenia zeznań — nie będzie mogła nakazowi temu uczynić zadość, że tedy wówczas stanie przed sądem w charakterze *kłamcy* (ujemne skutki moralne), i ulegnie w procesie (ujemne skutki materialne).

Nie wchodzę tu w rozbiór i ocenę, czy uprzedzenie z § 3 art. 323 kpc. daje pewność, albo choćby prawdopodobieństwo, że strona pod wpływem tego uprzedzenia zezna prawdę; wystarczy fakt, że ustawodawca, słusznie czy niesłusznie, poczytuje owo uprzedzenie za kautelę.

Tak tedy zeznanie strony, nieuprzedzonej w myśl § 3 art. 323 Kpc., nie stanowi środka dowodowego, i nie może być ocenione pod względem swego waloru (art. 250 § 1 kpc.), a tym samym nie może stanowić podstawy dla dokonania ustaleń; przez dokonanie ustaleń na podstawie takiego zeznania sąd obraża ustawę, gdyż stwarza nowy, nieznany ustawie środek dowodowy, i uznaje gołosłowne twierdzenie faktyczne strony (art. 225 § 2 i 230) za *dowód* w rozumieniu ustawy. Zaistnieje w tym przypadku taki sam stan rzeczy, jak gdyby sędzia bez przeprowadzenia dowodu dał wiarę twierdzeniom pewnej strony.

3. Przypatrzmy się teraz sytuacji sędziego, który — postanowiwszy przeprowadzić dowód z przesłuchania stron — poczyna wypytywać stronę, i z jej odpowiedzi na pytania ogólne (art. 291 kpc.) dowiaduje się, że została ona prawomocnie skazaną za fałszywe zeznanie.

Wedle mego zdania powinien on skorzysać z § 1 art. 259 kpc. i cofnąć postanowienie co do dowodowego przesłuchania danej strony.[8]) — Jeśli tego nie uczyni, pozostają mu otwarte dwie drogi, a mianowicie:

a) może on przesłuchać stronę bez uprzedzenia jej w myśl art. 323 § 3, — albo też

b) mimo to uprzedzić stronę po myśli tegoż przepisu.

Ad a) — Skutki proceduralne takiego postąpienia omówiłem już powyżej.

Ad b) — Sędzia będący świadom tego, iż strony skazanej za fałszywe zeznanie nie wolno mu zaprzysiąc, nie poniży się do pouczenia jej, że ewentualnie może zażądać od niej stwierdzenia zeznań przysięgą, gdyż splamiłby siebie, swoją godność osobistą i dostojność sędziowską oczywistym kłamstwem. Tego ustawa ani od niego żądać, ani też po nim oczekiwać nie może; tego też żaden sędzia nie jest zdolny uczynić i pod żadnym warunkiem nie uczyni. Gdyby to jednak, co z góry wykluczam, uczynił, to uprzedzenie jego pozbawione jest zamierzonego przez ustawę wpływu na daną stronę, gdyż strona albo wie sama, albo uprzedził ją o tym jej adwokat lub ktoś inny, że nie będzie ona dopuszczoną do złożenia przysięgi na swoje twierdzenia. Ponadto wykluczenie ewentualnego zaprzysiężenia może stronę zachęcić do zeznania okoliczności wręcz z prawdą sprzecznych.

4. Należy w końcu rozważyć, jakie skutki miałoby oparcie ustaleń wyroku wyłącznie na niezaprzysiężonym zeznaniu dowodowym strony, skazanej za fałszywe zeznanie. Otóż już powyżej zaznaczono, że zeznanie to nie mogłoby służyć za podstawę ustaleń, bez względu na to, czy zaniechano uprzedzenia strony w § 3 art. 323 kpc. przewidzianego, czy też uprzedzenia tego dokonano. W obu wypadkach zachodziłoby pogwałcenie istotnego przepisu postępowania, a tym samym wyrok uległby uchyleniu (art. 434 Kpc.). Inaczej przedstawiałaby się sprawa, gdyby ustalenie opierało się także na innych dowodach (świadkach, dokumentach lub należycie wedle art. 249 kpc. dokonanym domniemaniu faktycznym), gdyż wówczas omawiane uchybienie nie mogłoby mieć wpływu na wynik sprawy (art. 426 pkt. 2 kpc.).

Wyrażone co dopiero zapatrywanie znajduje swe poparcie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 10 września 1929 Rw. 1959/28 (O. S. P. IX z roku 1930 poz. 518), zapadłym na podstawie austr. procedury cywilnej. Wedle tego orzeczenia *„zasądzenie powoda.... za zbrodnię oszustwa z § 197 i 199 lit a) uk. (tj. za fałszywe zeznanie lub krzywoprzysięstwo) wykluczało*

---

[8]) Czy sędzia ma w takim przypadku zaniechać także przesłuchania strony przeciwnej, o ile tej ostatniej jeszcze nie przesłuchał — pozostawia ustawa jego uznaniu (art. 325 Kpc.).

wprawdzie przesłuchanie go w celach dowodu (§§ 372 i 336 ust. 1 austr. proc. c.), ale to nie może jeszcze dostatecznie uzasadnić wniosku o uchylenie wyroków, skoro inne wyniki rozprawy (dokumenty, zeznania świadka M.), gdyby nawet pominąć zeznania powoda, wystarczają do rozstrzygnięcia sporu".

ROMAN PIOTROWSKI
Warszawa

Pojęcie umowy kartelowej w praktyce sądu kartelowego.

I.

Wobec znacznych wątpliwości, jakie w praktyce wywołuje określenie kartelu względnie umowy kartelowej, zawarte w polskiej ustawie o kartelach, spada na Sąd Kartelowy szczególnie wdzięczne i ważne, ale bynajmniej nie łatwe, zadanie skierowania wykładni tej ustawy na drogę, która odpowiadałaby zarówno treści ustawy jak i jej gospodarczemu przeznaczeniu.

Dotychczasowa praktyka naszego Sądu Kartelowego zamyka się w czterech wyrokach, z których trzy pierwsze zawierają, między innymi, także istotne przyczynki do wykładni pojęcia umowy kartelowej.

W wyroku przeciwko kartelowi cementowemu dał Sąd Kartelowy następujące ujęcie umowy kartelowej:

„Przez kartel w pojęciu ustawy z dnia 28 marca 1933 r. o kartelach, obejmującej prócz karteli w ścisłym tego słowa znaczeniu też trusty, koncerny i inne temu podobne ustroje gospodarcze, Sąd Kartelowy rozumie wolne, oparte na umowie porozumienie lub zrzeszenie przedsiębiorstw tej samej gałęzi wytwórczości lub wymiany, mające na celu, drogą wzajemnych zobowiązań uczestników umowy, kontrolę lub regulowanie produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany.

Nie każde zatem porozumienie lub zrzeszenie gospodarcze przedsiębiorców ma charakter i znaczenie kartelu, chociażby potocznie tak się nazywało.

Decyduje o tym treść umowy i jej cele. Jeśli w tej umowie niema wzajemnych zobowiązań, dotyczących kontroli lub regulowania produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany, to nie odpowiada ona pojęciu umowy o kartel, a powstały na jej podstawie związek będzie zrzeszeniem gospodarczym przedsiębiorców, lecz nie ich kartelem".

Interpretując w ten sposób pojęcie kartelu w rozumieniu

polskiej ustawy kartelowej, Sąd Kartelowy słusznie ustalił, że przez słowo *„kartel“* należy rozumieć nie tylko kartele (umowy kartelowe) w ich pierwotnym, ciasnym ujęciu Kleinwächtera i jego następców (w szczególności Liefmanna), czyli w tzw. „znaczeniu ścisłym“, ale także wszelkie inne umowy kartelowe, mające również na celu, drogą wzajemnych zobowiązań, kontrolę lub regulowanie produkcji, zbytu, cen lub warunków wymiany w dziedzinie przemysłu i handlu, czyli także kartele w „znaczeniu obszerniejszym“, albowiem właśnie tak określa umowy kartelowe polska ustawa o kartelach.

Dlatego trafnie wymienił Sąd Kartelowy przy tym, jako przykłady takich karteli w znaczeniu obszerniejszym, również trusty, koncerny itp. ustroje gospodarcze, o ile tylko stanowią one oparte na umowie wolne porozumienia lub zrzeszenia przedsiębiorstw (a więc nie fuzje), służące wymienionym wyżej celom, co w praktyce rzeczywiście niejednokrotnie się zdarza. Nie należy bowiem zapominać, że tak samo, jak słowo *„kartel“* bywa w nauce i w praktyce używane dla określenia najróżnorodniejszych typów i form kartelizacji, tak samo i słowa *„trust“*, *„koncern“*, *„wspólnota interesów“*, itp. ani w nauce ani w praktyce nie określają żadnych jednolitych, zgodnie ustalonych pojęć, ale również cały szereg ich odmian i postaci, nawet nie zawsze pokrewnych. Dlatego w każdej dyskusji na temat karteli, trustów, koncernów itp. ustrojów gospodarczych należy przede wszystkim sprecyzować, co chcemy rozumieć przez te słowa, które same przez się niczego konkretnego jeszcze nie mówią; wtedy najłatwiej unikniemy zbytecznych nieporozumień i kontrowersyj. W szczególności, mówiąc o *trustach,* nie należy ignorować najbardziej co do nich miarodajnej literatury anglo-amerykańskiej, która już dawno jasno stwierdziła, że przez trusty nie należy rozumieć tylko jakichś fuzyj monopolistycznych, ale w ogóle wszelkie możliwe formy porozumień przedsiębiorców, ograniczających konkurencję i monopolizujących rynek, analogicznie, jak europejskie kartele w znaczeniu obszerniejszym, których nazwa jest zresztą również znana w krajach anglo-amerykańskich.

Podając przedstawioną wyżej definicję karteli, zgodną w zasadzie z art. 1 ustawy o kartelach, Sąd Kartelowy wprowadził jednak do niej pewne ograniczenia, których niema w ustawie, a mianowicie:

1) ograniczenie karteli do umów przedsiębiorstw *„tej samej gałęzi wytwórczości lub wymiany“*. Ograniczenia takiego w ustawie kartelowej niema, i słusznie, bo wiadomo, że do jednego i tego samego kartelu mogą należeć także przedsiębiorstwa dwu lub więcej branż pokrewnych, albo nawet róż-

nych, co daje się zauważyć w szczególności przy *pionowej* organizacji kartelowej, łączącej producentów surowców z ich przetwórcami bliższymi (półfabrykatów) i dalszymi (gotowych fabrykatów). W taki właśnie pionowy sposób są często rozbudowane trusty i koncerny. Skoro Sąd Kartelowy trafnie ustalił co do nich, że podlegają naszej ustawie kartelowej, jeżeli tylko nie przedstawiają typu fuzji, tym bardziej nie należało równocześnie przyjmować ograniczenia, że uczestniczące w kartelu przedsiębiorstwa muszą należeć *do tej samej gałęzi przemysłu.*

2) Drugie ograniczenie pojęcia karteli, wprowadzone przez Sąd Kartelowy, a nie znajdujące uzasadnienia w ustawie kartelowej, to wymóg, aby kartel był oparty na „wolnej", tzn. dobrowolnej umowie.

Nasza ustawa kartelowa nie przyjęła takiego zastrzeżenia, bo praktyka wykazała już dawno ponad wszelką wątpliwość nie tylko w Polsce ale także w innych państwach, że liczne, tzw. *dobrowolne kartele* w rzeczywistości nie są dobrowolne, gdyż powstają pod pośrednim lub bezpośrednim naciskiem czynników rządowych, przy pomocy odpowiedniej polityki celnej, lub innych zarządzeń administracyjno-gospodarczych, opartych niekiedy na specjalnych aktach ustawodawczych, które jednak same *nie* przewidują wyraźnie tworzenia danych karteli, a tylko pośrednio do tego zmuszają. Te wszystkie, wymuszone przez państwo kartele, o ile nie będą uregulowane specjalnymi przepisami prawnymi (art. 16 ustawy o kartelach), będą również podlegały powszechnej ustawie kartelowej, chociaż w istocie nie będą oparte na dobrowolnej umowie.

3) Trzecie ograniczenie, wprowadzone przez Sąd Kartelowy, a nie przewidziane w naszej ustawie kartelowej, to ustalenie, jakoby kartelowe cele danej umowy, a więc regulacja czy kontrola produkcji, zbytu, cen lub warunków wymiany, miały być wyrażone w treści tej umowy, gdyż bez tego nie będzie ona odpowiadać pojęciu umowy kartelowej.

Polska ustawa kartelowa słusznie nie stawia takiego wymogu formalnego. W myśl art. 1 tej ustawy wystarcza do przyjęcia kartelowego charakteru pewnej umowy ustalenie, że ma ona na celu kontrolę lub regulowanie produkcji, zbytu itd., drogą wzajemnych zobowiązań, bez względu na to, czy ten cel będzie w treści umowy wyraźnie wypowiedziany lub nie. Dzięki temu zapobiega ustawa skutecznie łatwemu uchylaniu się z pod jej kompetencji, przez odpowiednią stylizację treści danej umowy kartelowej. Z praktyki wiemy doskonale, jak łatwo o taką „nie-kartelową" redakcję umów kartelowych, posiadających, np. jako cel swego istnienia, *„uzdrowienie stosunków"* w pewnej gałęzi przemysłu, albo *„ochronę interesów gospodarczych"* uczestników, *„przyjmowanie w zarząd istniejących i w przyszłości powstać mogących fabryk"* itp.

II.

W drugim z rzędu wyroku, wydanym w sprawie kartelu karbidowego, Sąd Kartelowy, ustalając ponownie pojęcie umowy kartelowej, powołał się wprawdzie na swoją definicję z pierwszego wyroku, ale równocześnie częściowo ją zmienił.

Wyjaśniając w drugim wyroku swoje pierwotne ustalenie, że o kartelowym charakterze umowy *„decydują treść i cel umowy“*, Sąd Kartelowy wprowadził tu pewne bliższe określenie, którego w pierwszym wyroku nie było, a które zmienia częściowo pierwotne określenie umowy kartelowej, jakkolwiek Sąd Kartelowy powołuje się na swoją pierwszą definicję umowy kartelowej — tak, jak gdyby nie uległa ona żadnej zmianie. W pierwszym wyroku, mówiąc o treści umowy kartelowej Sąd Kartelowy stwierdził wyraźnie, że winna ona zawierać *„wzajemne zobowiązania, dotyczące kontroli lub regulowania produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany“*. — O „celach“ umowy kartelowej, jako takich, osobno Sąd Kartelowy nie wspomniał, zamknął je *implitice* w „treści“, która właśnie ma te „cele“ wyrażać.

Inaczej w drugim wyroku, gdzie stwierdził Sąd Kartelowy dosłownie: *„O tym, czy umowa podpada pod art. 1 ustawy o kartelach, decydują treść i cel umowy. Treść powinna polegać na wzajemnych zobowiązaniach, dotyczących produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany dóbr, a cel — na ustanowieniu kontroli lub regulowaniu powyższych produkcji, zbytu, cen i warunków“*.

Wprowadzono zatem wyraźne rozróżnienie między *treścią* a *celem* umowy kartelowej, jako dwoma odrębnymi wymogami, decydującymi o istnieniu umowy kartelowej w rozumieniu art. 1 ustawy o kartelach. Ponadto ujęto tę treść umowy kartelowej odmiennie, niż w pierwszym wyroku. Według drugiego wyroku wystarcza, jeżeli określone w treści umowy kartelowej zobowiązania *„dotyczą produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany dóbr“* — bez potrzeby wspominania o *„kontroli lub regulowaniu“* tej produkcji, zbytu itd., które w myśl pierwszego wyroku winny być również wyrażone w treści umowy kartelowej; w przeciwnym razie — stwierdził tam Sąd Kartelowy — *„jeśli w tej umowie niema wzajemnych zobowiązań, dotyczących kontroli lub regulowania produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany, to nie odpowiada ona pojęciu umowy o kartelach, a powstały na jej podstawie związek będzie zrzeszeniem gospodarczym przedsiębiorców, lecz nie kartelem“*. — Natomiast w myśl drugiego wyroku umowa taka, mimo braku w jej treści wyraźnej wzmianki o *„kontroli lub regulowaniu“* produkcji itd., będzie jednak kartelową. Ustanowienie tej *„kontroli lub regulowania“* pro-

dukcji itd. stanowi, jako „cel“ umowy kartelowej, jej odrębny, konieczny wymóg, który jednak może przejawiać się przez samą działalność kartelu, i nie musi być wyrażony w samej treści umowy kartelowej.

Ujmując w ten sposób cel umowy kartelowej, Sąd Kartelowy porzucił swoje pierwotne stanowisko w tym względzie, i stanął na gruncie ustawy kartelowej, która w art. 1, określając cel umowy kartelowej, również nie żąda, aby cel ten był *expressis verbis* wyrażony w jej treści.

Uzgadniając w ten sposób ujęcie celu umowy kartelowej z art. 1 ustawy kartelowej. Sąd Kartelowy mimo to nie uzgodnił w tym względzie swego stanowiska z ustawą całkowicie, właśnie z powodu przedstawionego wyżej rozróżnienia między treścią a celem umowy kartelowej, którego ustawa nie zna. Ustawa, dając w art. 1 prawne ujęcie umowy kartelowej, mówi tylko o jej celu, natomiast *treścią* tej umowy celowo nie interesuje się, i nie stawia co do niej żadnych wymogów, właśnie dlatego, aby nie legalizować łatwej w praktyce możliwości obejścia tych wymogów przez odmienną redakcję treści umowy kartelowej i wyłączenie jej w ten sposób z pod kompetencji ustawy kartelowej. Z chwilą jednak dopuszczenia możliwości ustalenia celu umowy kartelowej także w inny sposób, a nie tylko przy pomocy treści umowy kartelowej, ograniczenie art. 1, wprowadzone przez Sąd Kartelowy co do treści umowy kartelowej, przestało mieć w praktyce istotne znaczenie.

III.

W trzecim wyroku Sądu Kartelowego, w sprawie przeciwko katowickiej Wspólnocie Interesów, jesteśmy świadkami dalszej doniosłej ewolucji w praktyce sądowej pojęcia umowy kartelowej.

Zastanawiając się ponownie nad celem umowy kartelowej, jako tym bezsprzecznie najbardziej miarodajnym wskaźnikiem kartelowego charakteru danej umowy, Sąd Kartelowy poddał tym razem poraz pierwszy krytyce określenie tego celu w art. 1 ustawy o kartelach. — „*Trzeba jednakże podkreślić,* — stwierdza Sąd Kartelowy — *że użyte w art. 1 pojęcie: regulowanie jest bardzo niejasne*“.

W dalszym ciągu stwierdza Sąd Kartelowy, że „*kontrola i regulowanie produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany nie są właściwie celem samym w sobie, a są raczej środkiem do osiągnięcia celu kartelizacji. Celem zaś jej wedle określenia Tschierschky'ego jest ochrona przed niebezpieczeństwem swobodnej konkurencji za pomocą związania ważniejszych czynników konkurencji, a w pierwszym rzędzie cen i warunków wymiany. Określenie to należy uznać za słuszne, a w takim*

razie pod pojęcie „kontroli i regulowania“ w art. 1 ustawy o kartelach podpadnie wszelka działalność, podjęta w celu ograniczenia konkurencji. Dlatego — konkluduje Sąd Kartelowy — *każda umowa, bez względu na to, jaki typ organizacji gospodarczej tworzy, ulega nadzorowi Ministra Przemysłu i Handlu, jeżeli zawiera chociażby najlżejszą wskazówkę na zamiar oddziaływania na życie gospodarcze w kierunku ograniczenia gospodarczej wolności*“...

Ujmując tak szeroko pojęcie umowy kartelowej, Sąd Kartelowy nie tylko przekreślił wszystkie swoje pierwotne ograniczenia tego pojęcia, ale wykroczył częściowo poza granice, jakie w tym względzie zakreślił art. 1 ustawy o kartelach.

Sąd Kartelowy uznał, że zarówno „*regulowanie*“ jak i „*kontrola*“ są tylko środkiem, a nie celem kartelizacji, którym jest ochrona przed niebezpieczeństwem swobodnej konkurencji, i dlatego wszelka działalność, podjęta w celu ograniczenia konkurencji podpada pod pojęcie owego „regulowania“ i „kontroli“ z art. 1 ustawy o kartelach, nadając dotyczącej umowie charakter umowy kartelowej.

Istota kartelu tkwi rzeczywiście w tym, że jest on naturalnym przeciwieństwem wolnej konkurencji. W miejsce usuniętej konkurencji wstępuje odpowiednia (częściowa, rzadko zupełna) monopolizacja rynku. Forma prawna, w jakiej to się dokonuje, będzie dla istoty kartelu z natury rzeczy zawsze obojętna Dlatego dobrze się stało, że polska ustawa kartelowa, określając w art. 1 kartele, nie związała ich istoty absolutnie z żadną formą prawną, i nie pokusiła się o stworzenie jakiejś prawnej definicji kartelu, co jej niektórzy niesłusznie wytykają jako wadę. Stwarzając bowiem jakąkolwiek definicję kartelu, ustawa tym samym ograniczyłaby swoje zastosowanie tylko do tych umów kartelowych, które podpadałyby pod jej definicję kartelu, wbrew naczelnej intencji ustawy podporządkowania nadzorowi Państwa wszelkich możliwych umów kartelowych, niezależnie od ich formy i treści.

Z drugiej strony jednak było konieczne wyraźne stwierdzenie w ustawie, do jakich organizacyj gospodarczych należy ją stosować, co też nasza ustawa kartelowa uczyniła, stwierdzając w art. 1, że przepisom jej podlegają „*umowy, uchwały i postanowienia, mające na celu drogą wzajemnych zobowiązań kontrolę lub regulowanie produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany dóbr w dziedzinie górnictwa. przemysłu i handlu*“. — Określając w ten sposób umowy kartelowe, ustawa nie dała nam ich definicji gospodarczej, bo pominęła najbardziej istotne ich znamię: ograniczenie lub wyłączenie konkurencji. Ustawa dała nam

tylko prawne ujęcie umów kartelowych, eliminując przy tym celowo z ich gospodarczego pojęcia najistotniejsze dla każdego kartelu znamię ograniczenia lub wyłączenia konkurencji, aby ułatwić przez to praktyczne stosowanie tej ustawy.

Gdyby w każdym praktycznym wypadku zastosowania ustawy kartelowej musiano ustalić, że dana umowa kartelowa faktycznie *ogranicza* lub *wyłącza konkurencję,* natrafianoby często na nieprzezwyciężone trudności, które niejednokrotnie udaremniłyby w ogóle możność zastosowania tej ustawy. Często trudno jest twierdzić stanowczo, że pewien kartel rzeczywiście ogranicza lub wyłącza konkurencję, skoro tak często istnieje skuteczna konkurencja, czy to ze strony krajowych *outsiderów,* czy ze strony zagranicznych importerów. Dlatego nawet najsilniejsze kartele niejednokrotnie tracą przemijająco, na dłuższe lub krótsze okresy czasu, swoje monopolistyczne stanowisko na rynku, bo powstaje nagle jakaś nowa konkurencja. Czyż mielibyśmy w takich okresach przejściowej utraty monopolistycznego władztwa nad konkurencją odmawiać danym kartelom ich *kartelowego charakteru?* — A ileż niewątpliwych karteli obserwujemy w praktyce takich, które nigdy nie zdołały nawet skutecznie ograniczyć konkurencji, ale które ciągle o to walczą i każdej chwili mogą swój cel jednak osiągnąć! Podczas samego ustalania, czy pewna umowa ogranicza konkurencję i jako taka jest kartelową, łatwo może się zdarzyć, że umowa ta, zależnie od zmieniających się szybko stosunków faktycznych, będzie jednego dnia konkurencję ograniczać, a już następnego dnia może ten wpływ na konkurencję utracić.

Moglibyśmy zatem łatwo dojść do absurdu, gdybyśmy musieli prawną klasyfikację każdej umowy kartelowej oprzeć na ustaleniu, iż faktycznie *ogranicza* ona lub *wyłącza konkurencję.* Znaczna część umów kartelowych wymknęłaby się wtedy trwale z pod kompetencji ustawy kartelowej, bo nie dałoby się co do nich w ogóle stanowczo ustalić, że ograniczają one konkurencję; wiele innych, niewątpliwych umów kartelowych podlegałoby znów ustawie kartelowej na zmianę, zależnie od zmieniającego się wpływu tych umów na konkurencję.

Dlatego ustawa musiała przyjąć i n n e, bardziej uchwytne, t r w a ł e k r y t e r i u m, na podstawie którego dałby się ustalić kartelowy charakter każdego kartelowego porozumienia. Kryterium takie ustawa znalazła w samej metodzie, w s p o s o b i e o g r a n i c z a n i a w z g l ę d n i e u s u w a n i a k o n k u r e n c j i na podstawie zawartej umowy kartelowej, podnosząc konsekwentnie ten sposób zbiorowego działania dwu lub więcej uczestników umowy kartelowej do znaczenia jej c e l u, pomijając natomiast wszelkie dalsze cele każdej takiej umowy. Pominięcie tych dalszych celów jest także z te-

go względu uzasadnione, że ograniczenie konkurencji, wskazane przez Sąd Kartelowy jako właściwy cel umowy kartelowej, jest w rzeczywistości również tylko środkiem do ostatecznego celu każdej umowy kartelowej, jakim jest osiągnięcie przez uczestników umowy lepszych zysków, niż w stanie wolnej konkurencji. Cele kartelizacji i konkurencji są zatem identyczne. Nie zawsze jednakowe są tylko ich wyniki. Raz konkurencja daje lepsze zyski, raz kartelizacja. I dlatego zależnie od zmieniających się warunków w tych samych gałęziach przemysłu, na zmianę, kartelizacja wypiera konkurencję, a konkurencja kartelizację. Natomiast trwale różne są tylko środki działania. Kartelizacja opiera się na wzajemnej kooperacji konkurentów, a konkurencja na ich wzajemnej walce.

Dlatego, aby porozumienia kartelowe ustawowo ściśle wyodrębnić, nie można ich prawnej klasyfikacji opierać na ich ostatecznym celu, lecz tylko i wyłącznie na środkach działania, stosowanych przez uczestników tych porozumień. Skoro samo ograniczenie czy wyłączenie konkurencji, jak wykazałem, jest praktycznie często trudne do ustalenia, należało sięgnąć głębiej, a mianowicie do tych technicznych postanowień umownych, które owo ograniczenie względnie wyłączenie konkurencji wywołują. Takimi postanowieniami są właśnie te, które traktują o kontroli lub regulacji produkcji, zbytu, cen i warunków wymiany dóbr.

Ujawniony fakt istnienia wzajemnego porozumienia dwu lub więcej przedsiębiorców w celu wzajemnego kontrolowania albo wspólnego regulowania swojej produkcji, swego zbytu, cen albo warunków wymiany produkowanych względnie sprzedawanych przez siebie artykułów, da się zawsze ustalić. Skoro właśnie ten fakt w całości lub w części jest podstawą istnienia każdej umowy kartelowej, ustawa przyjąwszy ten fakt jako istotne kryterium rozpoznawcze umów kartelowych, stworzyła tym samym realną możliwość ustalenia istnienia każdej ujawnionej umowy kartelowej jako takiej.

Argument Sądu Kartelowego, że samo pojęcie *„kontrola"* lub *„regulowanie"* jest bardzo niejasne i niczego konkretnego jeszcze nie mówi, argument powtarzany nie tylko przez Liefmana, ale także przez wielu innych autorów, do których i siebie zaliczam, jest słuszny, jeżeli na samym pojęciu *„kontroli"* lub *„regulacji"* próbuje ktoś oprzeć całą definicję kartelu. Nie zapominajmy jednak, że nie było i nie mogło być celem ustawy kartelowej podanie definicji kartelu (która jest ciągle jeszcze sporna zarówno w nauce jak i w praktyce), a tylko możliwie ściśle określenie tego stanu faktycznego, któ-

ry wytwarza — względnie każdej chwili może wytworzyć — skutki kartelowe (ograniczenie konkurencji i odpowiednią monopolizację rynku), i który wymaga dlatego trwałego nadzoru Ministerstwa Przemysłu i Handlu. I właśnie ten stan faktyczny art. 1 ustawy kartelowej starał się odtworzyć możliwie dokładnie, w sposób łatwy do ustalenia w praktyce.

Oparcie prawnej klasyfikacji umów, jako kartelowych, wyłącznie na momencie *ograniczenia konkurencji* nasuwa jeszcze inne wątpliwości. Sąd Kartelowy stwierdził, że każda umowa podlega ustawie kartelowej, skoro tylko zawiera chociażby najlżejszą wskazówkę na *zamiar* oddziaływania na życie gospodarcze w kierunku *ograniczenia gospodarczej wolności.* Na tej podstawie należałoby uznać za kartelową każdą umowę o fuzji dwu lub więcej przedsiębiorstw, która z konieczności musi w pewnym stopniu oddziaływać w kierunku ograniczenia wolności gospodarczej, zwłaszcza, kiedy sfuzjonowane przedsiębiorstwa odgrywają w danej gałęzi przemysłu dominującą rolę i dzięki dokonanej fuzji nie tylko ograniczą, ale całkiem wyłączą konkurencję. A jednak — zarówno z treści art. 1 jak i z innych postanowień polskiej ustawy kartelowej wynika całkiem wyraźnie, że do fuzji, powodujących powstanie jednolitego przedsiębiorstwa spółkowego lub pojedyńczego, chociażby o charakterze najbardziej monopolistycznym, nie ma ta ustawa zastosowania, tak samo, jak do wszelkich innych prywatnych monopoli jednostkowych.

Owa rozszerzająca wykładnia pojęcia umowy kartelowej, wykraczająca wyraźnie poza ramy ustawy kartelowej, niewątpliwie nie leżała nawet w intencji Sądu Kartelowego. W innym bowiem ustępie motywów tego samego wyroku stwierdził Sąd Kartelowy, że *„ustawa o kartelach wprowadza nadzór Ministra Przemysłu i Handlu nad ustrojami gospodarczymi w interesie publicznym, który wymaga dokładnego badania działalności zrzeszeń gospodarczych i strzeżenia, ażeby realizacja interesów skartelizowanych przedsiębiorstw nie odbywała się ze szkodą z punktu widzenia ogólno-gospodarczego. Ten wzgląd przemawia za rozciągłą wykładnią zarówno pojęcia „regulowania", jak w ogóle zakresu uprawnień do nadzoru Ministra Przemysłu i Handlu".*

Sąd Kartelowy mówiąc o *„ustrojach gospodarczych"* miał zatem przecież na myśli tylko wszelkie kartelowe organizacje, a nie fuzje ani żadne inne monopole jednostkowe, ograniczające konkurencję.

Adw. Dr ZYGMUNT FENICHEL
Kraków

Poręczenie w prawie międzynarodowym prywatnym.

I. — Rozwój instytucji prawa międzynarodowego prywatnego zależny jest od stosunków gospodarczych i kulturalnych między państwami. Jeżeli państwa pozostają w żywych między sobą stosunkach gospodarczych, wówczas powstają problemy należące do tzw. *prawa międzynarodowego prywatnego.* Powstają wtedy spory między jednostkami, które rozstrzygają sądy, a orzecznictwo sądów wpływa znacząco na rozwój nauki tej gałęzi prawa. Nic też dziwnego, że teoria statutów, powstała w epoce średniowiecznej, w czasach żywego rozwoju stosunków handlowych między miastami włoskimi, następnie rozwinięta została przez postglossatorów Bartolusa de Saxoferato (um. w 1357) i jego ucznia Baldusa de Ubaldis (um. w 1400). Zasady wytworzone przez teorię statutów weszły do kodeksów z końcem XVIII i początkiem XIX w. (Landrecht pruski, Kodeks Napoleona i Kod. cyw. aust.)[1]).

Dalszy potężny już rozwój tej gałęzi prawa nastąpił w XIX w., w epoce najbardziej ożywionych stosunków między narodami. Na czoło teoretyków wysunęli się Savigny z swą sławną teorią „siedziby stosunku" *(Sitz des Rechtsverhältnisses),* a w drugiej połowie XIX w. Mancini z teorią prawa ojczystego. Dalszy rozwój tej nauki aż do ostatnich czasów szedł już po linii zakreślonej przez teorie Savigny'ego i włoską szkołę Manciniego[2]).

Z chwilą rozkrzewienia się systemów państwowych totalistycznych, odgraniczających się od innych państw, prowadzących politykę gospodarczą autarkiczną, zmniejszają się problemy należące do prawa międzynarodowego prywatnego, jak również maleje zainteresowanie naukowe. Nie powstają już, albo w każdym razie dużo rzadziej, spory między jednostkami, skoro państwa uniemożliwiają rozwój między nimi stosunków. Skoro niema sporów — niema orzeczeń sądowych, niema następnie gloss do tych orzeczeń, i w ten sposób nauka ta staje się mniej „modna".

Tak więc zdaję sobie z tego sprawę, że praca niniejsza dotyczy kwestii obecnie mało aktualnej. Wierząc jednakże, że odgraniczenie się państw i narodów od siebie jest zjawiskiem

[1]) **Zoll:** Prawo prywatne międzynarodowe i międzydzielnicowe, str. 15.
[2]) **Przybyłowski:** Prawo prywatne międzynarodowe, str. 29.

przemijającym, i że w pracy zbiorowej ku czci prof. Allerhanda, winny znajdować się prace o tematach, którymi w przyszłości nauka również zajmować się będzie, i dla których zainteresowanie nauki winno być trwałe, tak jak trwały jest dorobek naukowy naszego Czcigodnego Jubilata — zdecydowałem się na zwięzłe opracowanie instytucji poręczenia w prawie międzynarodowym prywatnym.

II. — Poręczenie jest instytucją prawa prywatnego, a nasuwa również pewne problemy w prawie międzynarodowym prywatnym.

W prawie polskim określa poręczenie art. 625 K. z., w ten sposób, że *„przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela do wykonania zobowiązania dłużnika w przypadku, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał"*. — Poręczenie, jak to widoczne z powyższego określenia, odnosi się do pewnego, istniejącego już między innymi osobami, stosunku obligatoryjnego, względem którego ten co ręczy, jest osobą trzecią[3]). Odnośna osoba trzecia przystępuje do obcego jej stosunku, na podstawie umowy z wierzycielem, odpowiadając jej za zobowiązanie głównego dłużnika na wypadek, gdyby ten nie dopełnił swego zobowiązania.

Poręczenie ma więc, jak to słusznie podkreśla Till, charakter *interwencji biernej* (po stronie długu) i *posiłkowej*. Przeprowadzeniem *zasady akcesoryjności* zajmuje się art. 632 § 1 K. z., według którego *„o rozciągłości zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdoczesny stan zobowiązania dłużnika"*.

Z akcesoryjności instytucji poręczenia wynika dalej, że ważnie ono istnieć może tylko o tyle, o ile istnieje ważny stosunek obligatoryjny między wierzycielem a dłużnikiem, i zarazem ze zgaśnięciem tego stosunku poręczenie gaśnie. Poręczyciel może też zobowiązać się silniej niż dłużnik, może np. w granicach poręczenia ustanowić prawo zastawu; nie może się jednak zobowiązywać do świadczenia większego niż dłużnik, gdyż wtedy nie byłoby zobowiązanie jego odnośnie nadwyżki poręczeniem.

Poręczenie ma cel wspólny z zastawem, tj. zabezpieczenie wierzyciela — z tą jednakże różnicą, że przy zastawie wierzyciel ma prawo rzeczowe, podczas gdy przy poręczeniu tylko umowa wmacnia jego prawa.

Analiza instytucji poręczenia konieczną była dla rozstrzygnięcia problemów związanych z nią w prawie międzynarodowym prywatnym. Przy zobowiązaniu tym wchodzą w grę trzy osoby, tj. wierzyciel, dłużnik i porę-

---

[3]) **Till: Wykład nauki o stosunkach obowiązkowych, str. 256.**

czyciel, podczas gdy przy innych zobowiązaniach akcesoryjnych, np. zastawie, są zwykle dwie osoby. Zobowiązania dłużnika i poręczyciela oparte są na odmiennych podstawach prawnych. Zwyczajnie też poręczyciel zaciąga zobowiązanie w innym miejscu niż dłużnik, i przeważnie w czasie od niego późniejszym. Jeśli nawet poręczenie nastąpi równocześnie z zaciągnięciem długu dłużnika, to logicznie poręczenie następuje później. Można wprawdzie poręczyć również za dług przyszły (art. 627), ale ma to miejsce w wyjątkowych przypadkach.

Z powyższego widzimy, że poręczenie, jakkolwiek ma akcesoryjny charakter, ma jednak pewną samodzielność. W porównaniu jednak np. z umową gwarancyjną (p. art. 91 K. z.), jest poręczenie ściślej z długiem głównym złączone, gdyż umowa gwarancyjna może istnieć niezależnie od długu głównego. Poza tym gwarant obowiązany jest zapłacić odszkodowanie, a od jego tylko woli zależy, czy chce spełnić świadczenie.

III. — Chcąc rozstrzygnąć problemy złączone z poręczeniem w prawie międzynarodowym prywatnym należy w krótkości zająć się problemem tzw. *kwalifikacji.*

Autorem tego pojęcia jest Kahn[4]). Co pojęcie to oznacza, i dlaczego się nim w prawie tym posługujemy?

Prawo międzynarodowe prywatne posługuje się tego rodzaju pojęciami, jak zdolność osobista, forma czynności prawnej, zobowiązanie, miejsce zamieszkania itd., z którymi to pojęciami spotykamy się również przy poręczeniu. Pojęcia te nie mają z natury rzeczy we wszystkich państwach tej samej treści. I tak np. odmiennie normuje się np. pojęcie zamieszkania w Anglii i na kontynencie[5]). Rozdział od stołu i łoża w znaczeniu prawa austr. *(„Trennung“)*, pojmują często w Niemczech identycznie z rozwodem, który określają jako *„Scheidung“* (§ 1564 i nast. kod. niem.). Tzw. *„cédule hypothécaire“* w znaczeniu prawa szwajcarskiego pojmuje się często jako *„Briefhypothek“* z § 1116 kod. niem.

Odmienność treści tych samych, na pierwszy rzut oka, pojęć pochodzi z odmiennego prawa materialnego w poszczególnych państwach.

Chodzi o to, jaką treść ma nadać sędzia powyższym pojęciom, o ile zachodzą kolizje ustaw? — Pamiętać należy bowiem o tym, że prawo zagraniczne może być w innym kraju o tyle tylko stosowane, o ile na to zezwala ustawodawstwo krajowe. Polska w bardzo silnym zakresie zezwala na stosowanie prawa obcego,

---

[4]) **Kahn:** Gesetzkollisionen.

[5]) **Melchior:** Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechtes, str. 108.

uwzględniając we wszystkich prawie stosunkach o charakterze osobistym *„lex patriae"*. Ograniczenia tu wynikać mogą ze stosowania tzw. zasady porządku publicznego (art. 38 ust. o pr. pryw.) lub odwetu (art. 40). Sędzia polski stosuje do danego przypadku przepisy tej ustawy, i o ile ustawa ta zezwala na stosowanie obcego prawa, rozstrzyga przypadek wedle tego prawa. Chcąc jednak stosować państwowe normy kolizyjne, musi treść zawartą w pojęciach zagranicznych (np. w pojęciu *zdolności do działania*) skwalifikować[6]). Znaczy to, że treść, zawartą w pojęciach zagranicznych, sędzia musi *„wtłoczyć"* w pojęcia prawne krajowe, gdyż bez tej kwalifikacji niemożliwym jest stosowanie prawa obcego. W ten sposób stosunki prawne, związane z zagranicą, wciąga się w system prawa krajowego i odbiera się jedną ręką to, co drugą się daje[7])...

Ustawodawstwo krajowe zezwala wprawdzie na stosowanie obcego prawa, czy jednak je stosować należy, i w jakim zakresie, to nakazuje rozstrzygać wedle prawa polskiego, zupełnie więc na uboczu zostają normy kolizyjne zagraniczne, te bowiem sędziego krajowego nie obchodzą. Sędzia, mając stosować obce prawo, musi najpierw znaleźć normę kolizyjną, potem stosuje ją, i to zależnie od przypadku, przy pomocy obcego prawa. Chcąc znaleźć właściwy przepis kolizyjny, musi przed tym stosować prawo krajowe[8]). Konieczność stosowania prawa krajowego przy kwalifikacji, tłumaczy Melchior tym, że ustawodawca, używając w normach kolizyjnych pojęć, odpowiadających prawu materialnemu krajowemu, daje do poznania, że pojęcia te rozumieć należy wedle tegoż wewnętrznego prawa. Wykluczone bowiem jest, by ustawodawca w prawie międzynarodowym prywatnym, które jest również krajowym, używał pojęć prawnych wedle prawa obcego, gdyż w tym przypadku normy kolizyjne byłyby nieoznaczone i pozbawione treści[9]). Z wywodów powyższych wynika, że pojęcia prawne zawarte w prawie międzyn. pryw. kwalifikuje się wedle *„lex fori"*. Sędzia polski może zatym pojęcia zamieszkania, formę poręczenia, dziedziczenia, itd. kwalifikować tylko wedle prawa polskiego. Kwalifikacja jest dlatego szczególnie ważną, gdyż instytucje prawne są w poszczególnych państwach odmienne[10]).

---

[6]) **Nussbaum:** Deutsches internationales Privatrecht, str. 46.
[7]) **Guttwiller:** Internatinal-Privatrecht, str. 1543.
[8]) **Kahn:** o. c., str. 112.
[9]) **Melchior:** o. c., str. 115.
[10]) **Fenichel:** Kodeks zobowiązań a prawo międzydzielnicowe i międzynarodowe prywatne, Palestra 11/34.

Zapatrywanie to wypowiedział pierwszy Kahn, mówiąc o tzw. *„latente Gesetzeskollisionen“*. We Francji od słynnej pracy E. Bartina z 1897, używa się pojęcia *„qualifications legales“*[11]). Dziś powszechnie prawie przyjęty jest pogląd, że kwalifikuje się pojęcia prawne wedle *„lex fori“*. W Niemczech pogląd ten przyjmują Zittelman, Neumeyer, Lewald, Guttwiller — we Francji Weiss, Pillet, Niboyet — we Włoszech Anzilotti, Buzatti, w Belgii Poillet, itd.

Innego zdania jest Frankenstein, który uważa przyjęcie *„lex fori“* za bankructwo tego prawa. Wedle niego, pojęcia, którym ustawodawstwa różną treść nadają, należy kwalifikować nie wedle *lex fori,* lecz wedle prawa, któremu dany stosunek prawny podlega. Czy daną np. rzecz uważać należy za ruchomą, czy też nieruchomą, rozstrzygnąć należy wedle *„lex rei sitae“*[12]). Zgodnie ze swą teorią przyjmuje dalej Frankenstein, że w pierwszym rzędzie rozstrzyga ten porządek prawny, któremu dana osoba lub rzecz podlega. Pogląd ten *„de lege ferenda“* miałby może pewne uzasadnienie, nie liczy się jednak z rzeczywistością prawną. Państwa współczesne pilnie baczą na swą suwerenność, i dlatego nie są skłonne w większej mierze dozwolić na stosowanie prawa obcego. To też, stosując prawo obce, kwalifikację poddają prawu krajowemu. Ponadto mielibyśmy inaczej *„petitio principii“*, gdyż sędzia, w celu znalezienia obcego prawa właściwego, miałby stosować prawo obce, którego właśnie szuka, czyli byłoby to wnioskowanie z jednej niewiadomej o drugiej niewiadomej. Natomiast opierając się na prawie krajowym, które dla sędziego jest zawsze wiadomą *(„curia novit iura“)*, można dojść do określenia niewiadomej.

Obok Frankensteina porzuca również zasadę *„lex fori“* Wolff, przyjmując za Rablem, że każdą obcą normę prawną należy tak pojmować, jak ją rozumie to prawo obce[13]). Pogląd ten różni się od zapatrywania Frankensteina tym, że nie każe stosować prawa właściwego dla danego stosunku prawnego, lecz nakazuje pojmować go tak, jak go się za granicą pojmuje. — W Polsce za Rablem idą Zoll i Przybyłowski, którzy uważają, że określenia kwalifikacji szukać należy nie w prawach merytorycznych, czy to własnych czy też obcych, wskazanych przez prawo międzynarodowe, ale wprost w normach prawa międzynarodowego, które emancypuje się tym samym z zależności od kwalifikacji ważnych praw merytorycznych[14]). Te same jednak wątpliwo-

---

[11]) **Bartin:** De l'impossibilite d'arriver à la supression definitive des conflits de lois.

[12]) **Frankenstein:** Internationales Privatrecht, Tom I., str. 278.

[13]) **Dr Martin Wolff:** Internationales Privatrecht, str. 34.

[14]) **Zoll:** o. c. str. 11; — **Przybyłowski:** o. c., str. 96 i nast.

ści, jakie nasuwają się odnośnie poglądu Frankensteina, mamy również i tu. Trudności te rosną jeszcze z tego powodu, że prawo obce nie tylko ma się stosować, lecz, że pojmować je nadto należy tak, jak za granicą. Dlatego uważam „*lex fori*“ za pogląd jedynie uzasadniony, jakkolwiek nie można zapominać również o trudnościach przy stosowaniu tej zasady, na które wskazują nasi uczeni Zoll i Przybyłowski.

Tak więc pojęcia prawne występujące przy poręczeniu, będzie sędzia polski kwalifikował według prawa polskiego.

IV. — Jakie są możliwe rozstrzygnięcia odnośnie poręczenia w prawie międzynarodowym prywatnym?

Z uwagi na to, że wchodzą tu w grę trzy osoby, teoretycznie możliwe byłyby tu trzy rozstrzygnięcia, a mianowicie: poddanie całego stosunku poręczenia prawu wierzyciela, bądź prawu dłużnika głównego lub też wkońcu prawu poręczyciela. Do pomyślenia jest również system pośredni, przyjmujący równocześnie prawo długu głównego i prawo poręczyciela.

Pierwsza koncepcja winna być złączona z drugą, tj. należy wierzyciela i dłużnika ująć jako jedną stronę, wobec czego poręczenie winno podlegać według tego poglądu prawu dłużnika. Na tym stanowisku stoi Guttwiller[15]) uważając, że właściwość prawa długu głównego wynika z natury stosunku prawnego. Kto bowiem ręczy za obcy dług, poddaje się równocześnie prawu, któremu dług ten podlega. W Polsce pogląd ten głosi również Cybichowski, zaznaczając, że „zobowiązanie poręczyciela jest zawisłe od zobowiązania dłużnika, podlega więc prawu tego zobowiązania“[16]). Stosowanie jednak prawa właściwego dla dłużnika, nie odpowiada istocie poręczenia, gdyż pomija zupełnie tę okoliczność, że przy umowie poręczenia główną osobą jest poręczyciel. Nie można przecież przy umowie, w której poręczyciel ma decydującą rolę, pomijać zupełnie jego osoby, a tym samym tego prawa, które dla niego byłoby właściwe.

Już wyżej zaznaczyłem, że spotykamy poglądy, które poręczenie oceniają odrębnie od długu prawnego. Uczeni tu należący wychodzą z założenia, że — jakkolwiek poręczenie ma charakter akcesoryjny — to jednak jest w pewnym kierunku instytucją odrębną i niezależną od długu głównego i dlatego winno być samodzielnie w prawie międzynarodowym prywatnym rozstrzygane. Tu należy między innymi Bar, który przyjmuje zgodnie z swą teorią o „*punkcie ciężkości zobo-*

---

[15]) **Guttwiller:** o. c., str. 1616.
[16]) **Cybichowski:** Prawo międzynarodowe, str. 405.

wiązania"[17]), że punkt ciężkości długu głównego i poręczenia jest odmienny, i dlatego należy poręczenie odrębnie od długu głównego w prawie międzynarodowym prywatnym traktować. Inaczej uzasadnia pogląd ten Frankenstein, wychodząc z założenia, że z uwagi na to, że tylko *lex patriae* może na poręczyciela nakładać obowiązki, a prawo poręczyciela jest różne od prawa dłużnika, wobec czego winno być poręczenie samodzielnie traktowane[18]). — Lewald podkreśla, że poręczenie jest odrębną instytucją prawną i samodzielną umową, i dlatego samodzielnie musi być traktowane w prawie międzynarodowym prywatnym[19]). Za odrębnym traktowaniem poręczenia od długu głównego wypowiedzieli się dalej Story, Wharton, itd.

Sam przed kilku laty również przychyliłem się do tej teorii[20]), zwracając jednak równocześnie uwagę na to, że nie można zapominać o tym, iż w pewnych kierunkach o świadczeniu poręczyciela decyduje prawo dłużnika.

O ile chodzi o orzecznictwo, to Sąd Kasacyjny francuski (Zbiór Clunet 1930, 740, 1929, 1289, 1928, 508) stale przyjmuje prawo poręczyciela jako właściwe. Takie same stanowisko zajmuje szwajcarski Sąd Związkowy. Natomiast Sąd Rzeszy uważał najpierw (RG 9, 187), że prawo poręczyciela zależne jest od prawa dłużnika głównego, natomiast od orzeczenia (54, 315) przyjmuje, że prawo dłużnika decyduje o tym, co dłużnik ma świadczyć, natomiast prawo poręczyciela o tym, czy ma świadczyć. — Gutzwiller zarzuca temu rozstrzygnięciu. że komplikuje ono problem. Natomiast Walker zdaje się pogląd, ostatnio przez Sąd Rzeszy wyrażony, też przyjmować[21]).

V. — Jak rozstrzyga kwestię tę polskie prawo międzynarodowe prywatne? — Chcąc na pytanie to dać odpowiedź, należy w krótkości przedstawić zasady polskiego pr. mnd. prywatnego, dotyczące zobowiązań.

Polskie prawo obligatoryjne w zakresie prawa międzynarodowego prywatnego wychodzi z zasady, że nie da się ono wedle jednego łącznika uregulować[22]). Dlatego to w ust. z 1926 spotykamy kilka zasad. W pierwszym rzędzie decyduje wola stron (art. 7). Jeśli strony nie oznaczyły właściwego prawa, stosuje się dla umów wyliczonych w art. 8, prawo tam podane. O ile zaś chodzi o umowy nie objęte art. 8, stosuje się zasady dość skomplikowane wyra-

---

[17]) **Bar:** Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, str. 109.
[18]) **Frankenstein:** o. c., Tom II., str. 348.
[19]) **Lewald:** Das deutsche international Privatrecht, str. 314.
[20]) **Fenichel:** Polskie prywatne prawo handlowe międzynarodowe i międzydzielnicowe P. P. A. 11—12/32.
[21]) **Walker:** Internationales Privatrecht, str. 436.
[22]) **Fenichel:** Prawo pryw. międzynarodowe i międzydzielnicowe, str. 70.

żone w art. 9. Przepis ten zawiera kilka zasad dla rozmaitych zobowiązań. Tak więc prawo polskie nie robi wrażenia jasnego ani prostego. W rzeczywistości jednak, co się okaże dalej, tak nie jest.

Autonomia stron ma dość szerokie, jednak nie nieograniczone znaczenie. Wedle art. 7 ust. z 1926 strony mogą poddać stosunek obowiązkowy prawu ojczystemu, prawu miejsca zamieszkania, prawu miejsca sporządzenia czynności prawnej, prawu miejsca wypełnienia zobowiązania lub prawu miejsca położenia rzeczy.

Z tego wyliczenia praw właściwych widzimy, że strony nie mogą poddać swego stosunku jakiemuś zupełnie dowolnemu prawu, lecz jednemu z praw w art. tym wyliczonych i że związane są szczególnymi zakazami ustawowymi, unieważniającymi sprzeczne z nimi czynności prawne, a wydanymi w państwach, w których dłużnik ma miejsce zamieszkania, względnie gdzie umowę zawarto (art. 10). Jest to tzw. *zasada porządku publicznego* — *„ordre public"* — wyrażona nadto w art. 38 ust. z 1926. — Art. 7 nie wyjaśnia, któremu prawu ojczystemu strony mogą poddać stosunek obowiązkowy, a mianowicie, czy wierzyciela czy dłużnika, co przy poręczeniu może mieć znaczenie. Przyjąć należy, że można prawu ojczystemu obu stron dany stosunek poddać. — Również nie wiadomo, o czyje miejsce zamieszkania chodzi oraz według której strony ocenia się *„lex solutionis"*. Oznaczenie o czyje prawo chodzi — czy wierzyciela czy dłużnika, należy w ramach art. 7 do stron. — Prawo oznaczone przez strony decyduje o tym, co uznać należy za zobowiązanie, czy ono jest jedno- czy dwustronne, jakie są jego skutki i w jaki sposób ono gaśnie. Jednym słowem, statut wybrany przez strony — w ramach dopuszczonych przez ustawę — decyduje o całym żywocie zobowiązania, od jego powstania aż do zgaśnięcia.

Przy poręczeniu mogą zatym strony poddać stosunek jednemu z praw w art. 7 wymienionych.

Jeśli strony nie oznaczyły prawa właściwego, wówczas stosuje się do poszczególnych umów, wyliczonych w art. 8, odnośne prawo. Przepis ten wzorowano na tzw. *uchwałach florenckich* z 1908. Art. 8 oznacza prawo właściwe wedle natury interesu, i opiera się na domniemanej woli stron. Podczas gdy art. 7 reguluje wyraźną wolę stron, to art. 8 opiera się na woli dorozumianej.

W przepisach powyższych nie znajdujemy jednak rozstrzygnięcia wyraźnego dla poręczenia. O ile jednak nie mają zastosowania art. 7 i 8, wchodzi w zastosowanie art. 9, który brzmi:

1) „Do umów nie objętych liczbami 1—7 artykułu 8, stosować należy prawo państwa, w którym obie strony w czasie

zawarcia umowy mają miejsce zamieszkania. Gdy strony mieszkają w różnych państwach, a zobowiązanie jest jednostronne, stosować należy prawo państwa, w którym mieszka dłużnik; gdy zobowiązanie jest obustronne — prawo państwa, w którym umowę zawarto.

Umowa między nieobecnymi uchodzi za zawartą w miejscu, w którym oferent otrzymał przyjęcie oferty.

2) Prawo, obowiązujące w miejscu zawarcia umowy, ma zastosowanie także wtedy, gdy nie można ustalić miejsca zamieszkania, mającego rozstrzygać o prawie właściwym.

3) Jeżeli dłużnik, sporządzający czynność jednostronną, nie oznaczył sam prawa właściwego, obowiązuje go prawo miejsca jego zamieszkania, a jeżeli miejsca zamieszkania ustalić nie można, prawo miejsca sporządzenia czynności.

4) Miejscem zamieszkania kupca w jego obrocie handlowym, jest siedziba przedsiębiorstwa; jeżeli kupiec ma kilka przedsiębiorstw — siedziba przedsiębiorstwa, z którym stosunek związano".

Zwrócić należy uwagę, że ust. 1 tego art. mówi o umowach i zobowiązaniach — ust. 2 tylko o umowach, a ust. 3 o czynnościach jednostronnych. Z tego to powodu pojęcia te w krótkości wyjaśnić należy.

Przez czynności jednostronne rozumie nauka[23]) czynności dopełnione przez jedną stronę, w odróżnieniu od czynności dwustronnej (np. umowa). Do czynności jednostronnych należą oferta, testament, przyrzeczenie publiczne, wypowiedzenie itp. Zobowiązanie jest stosunkiem prawnym tego rodzaju, że wierzyciel może żądać świadczenia od dłużnika[24]). Zobowiązanie odróżnić należy od roszczenia, które jest częścią zobowiązania. Oertman określa różnicę między zobowiązaniem a roszczeniem w następujący sposób: *„Das Schuldverhältnis ist die erzeugende Kraft, der Anspruch eine seiner Lebensäusserungen"*. Odróżnienie to w prawie międzynarodowym prywatnym jest ważnym w tych państwach, które przyjmują jako łącznik *„lex solutionis"*, gdyż roszczenie danej strony może podlegać innemu prawu, niż całe zobowiązanie. Jednym ze sposobów powstania zobowiązania jest umowa. Rozumiemy przez nią zgodne oświadczenie woli dwóch stron w celu wywołania skutków prawnych (art. 50 K. z.)[25]). Widzimy, że pojęcie zobowiązania jest szersze, niż pojęcie umowy. Ustęp ten przyjmuje podział zobowiązań, a raczej umów na *jednostronne i dwustronne.* Różnica między tymi umowami polega na tym, że przy umowach jednostronnych zobowiązaną jest jedna strona, podczas gdy przy umowach

[23]) **Zoll**: prawo cywilne, Tom I., str. 201.
[24]) **Oertman**: Schuldrecht, str. 13.
[25]) **Longchamps**: Zobowiązania, str. 142.

dwustronnych obie strony są zobowiązane[26]). K. z. o podziale tym nie wspomina, jednak wynika to z art. 50 K. z.[27]).

Zasadą jest (art. 9), że rozstrzyga *„lex domicilii"* obu stron w czasie zawarcia umowy. Zmiana zamieszkania po zawarciu umowy jest bez znaczenia. Komplikacje powstają, gdy miejsce zamieszkania stron jest odmienne. W tym przypadku art. 9 wprowadza dwa łączniki, a mianowicie *„lex domicilii"* dłużnika przy zobowiązaniach jednostronnych, i *prawo miejsca zawarcia umowy* przy zobowiązaniach dwustronnych. Umowę między nieobecnymi uważa się, zgodnie z teorią odbioru, za zawartą w miejscu, w którym oferent otrzymał przyjęcie oferty.

Decydujące znaczenie w prawie polskim ma zasada *„miejsca zawarcia umowy"*, i dlatego prawo polskie można zaliczyć do grupy romańskiej. Prawo to będziemy w Polsce stosowali, gdyż strony rzadko robią użytek z prawa wyboru (art. 7), a prawo właściwe oznaczone przez ustawę (art. 8) w niektórych tylko wypadkach będzie miało zastosowanie. *„Lex domicilii"* stosuje się tylko do umów jednostronnych, które w życiu mniejsze mają znaczenie, w porównaniu z umowami dwustronnymi (kupno - sprzedaż). Ta sama zasada ma również zastosowanie przy zobowiązaniach jednostronnych, gdy miejsce zamieszkania nie da się ustalić (ust. 2, art. 9).

Poręczenie bez wynagrodzenia, według powyższych zasad art. 9, należy zaliczyć do zobowiązań jednostronnych, gdyż tylko poręczyciel zaciąga zobowiązanie. Z art. 9 wynika zatym, że prawo zamieszkania dłużnika jest tu decydujące. Natomiast do poręczenia za wynagrodzeniem (art. 633 § 4 K. z.) jako umowy dwustronnej, stosować należy prawo zawarcia umowy. Najczęściej mamy do czynienia z poręczeniem bez wynagrodzenia.

Wobec treści art. 9 nie może ulegać żadnej wątpliwości, że cały szereg kwestyj dotyczących poręczenia musi być rozstrzyganych samodzielnie, niezależnie od prawa dłużnika. I tak według prawa poręczyciela oceniać należy zdolność do zawarcia umowy poręczenia, w szczególności czy kobiety mogą umowę tę zawrzeć (p. zakaz dla kobiet według S. C. Velleianum i art. 819 prawa portugalskiego), dalej kwestię, czy umowa poręczenia ważnie do skutku doszła, czy można się uchylić od skutków tej umowy (art. 43 K. z.), jak umowę tę wykładać należy (art. 107 i 108 K. z.) oraz skutki zapłaty przez poręczyciela (art. 638 K. z.).

Czy droga sądowa jest dopuszczalna dla

---

[26]) **Ehrenzweig:** Das Recht der Schuldverhältnisse, str. 181.
[27]) **Longchamps:** o. c., str. 144.

danego roszczenia z poręczenia pochodzącego, oraz czy mamy do czynienia z prawem materialnym, czy też formalnym — o tym rozstrzyga jedynie i wyłącznie prawo poręczyciela. Nie można zatym na podstawie obcego prawa rozstrzygać, czy droga sporu jest dopuszczalna, lecz decyduje tu prawo poręczyciela.

To samo dotyczy pojęcia formy, któremu nadaje się rozmaite znaczenie. Często to, co w jednym kraju uważa się za formę, w innym państwie należy do treści. I tak pojęcie formy jest szeroko pojmowane w Francji. Sąd Kasacyjny (24. XII. 1867) pojmuje np. zakaz zawierania paktów małżeńskich po zawarciu związków małżeńskich, jako należący do formy, a również do formy zalicza się tu zakaz legitymacji nieślubnego dziecka po zawarciu małżeństwa. Istnieją rozbieżne również poglądy, czy art. 992 Kod. holend., wzgl. art. 999 K. N. co do nieważności sporządzenia przez Holendra lub Francuza testamentu holograficznego za granicą, ma być uważany za formę. czy też za ograniczenie zdolności działania.

Wątpliwości co do znaczenia pojęcia formy czynności poręczenia, rozstrzygnie sędzia polski wedle wskazówek i zasad prawa polskiego. Zasadniczo przez formę, w najogólniejszym znaczeniu, rozumieć będziemy środki, którymi się posługuje osoba, wyrażająca swą wolę, względnie sposób objawienia woli. Zaliczyć tu należy czynności, słowa (przysięga), pismo, uwierzytelnienie, świadków itd. Według art. 631 K. z. zobowiązanie poręczyciela powinno być pismem stwierdzone.

Według art. 5 ust. o prawie mnd. pryw. forma czynności prawnej podlega prawu, które właściwe jest dla danej czynności *(lex causae)*, jednak wystarczy zastosowanie się do prawa obowiązującego w miejscu sporządzenia czynności, jeżeli to miejsce nie jest wątpliwe *(locus regit actum)*. Zatym według art. 5 formę poręczenia ocenia się w pierwszym rzędzie według prawa właściwego dla samego poręczenia. Również skutki niezachowania formy pisemnej (art. 110 i nast. K. z.) ocenia się według *„lex causae“*.

Czy wierzyciel musi najpierw dochodzić pretensji od dłużnika, czy też może zaraz żądać zapłaty od poręczyciela *(„beneficium ordinis“)* ocenia się według prawa poręczyciela. Niektóre prawa wymagają zaskarżenia najpierw dłużnika (p. § 771 K. c. niem., Kod. Nap.), natomiast § 1355 K. c. austr. żąda tylko sądowego lub pozasądowego upomnienia. Art. 633 K. z. nie żąda zapozwania uprzedniego dłużnika, lecz tylko zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu się dłużnika z zapłatą. W prawach, w których istnieje *„beneficium ordinis“*, za-

rzut ten ma charakter prawno-materialny, a nie procesowy, jak to przyjmują Bar, Jitta itd. W prawie polskim według art. 9 ust. o pr. pryw. mnd., o ile chodzi o poręczenie bez wynagrodzenia decyduje o tym zarzucie prawo poręczyciela. Stanowisko to przyjmuje również Sąd Rzeszy (RG 9. 188, 10, 282).

Również według prawa poręczyciela ocenić należy, czy temuż przysługuje w razie zapłaty roszczenie zwrotne (art. 638 K. z. — *beneficium cedendarum actionum*) — i czy na niego przechodzi odnośne roszczenie. Przyjmują to Fiore, Nussbaum, Walker i i., oraz orzecznictwo Sądu Rzeszy (RG 59, 316).

Widzimy z tego, że prawo poręczyciela ma decydujące znaczenie przy poręczeniu bez wynagrodzenia, zaś przy poręczeniu za wynagrodzeniem decyduje prawo miejsca zawarcia umowy. Jednak z akcesoryjnego charakteru poręczenia wynikają również te konsekwencje, że o prawie właściwym decyduje też w pewnych kierunkach prawo dłużnika. Skutki naruszenia obowiązków przez dłużnika i wpływ tychże na obowiązki poręczyciela oceniać należy według prawa dłużnika. Według prawa dłużnika ocenia się również czy i jakie zarzuty przysługują poręczycielowi przeciw wierzycielowi (art. 635 K. z.). Tak samo według tego prawa oceniać należy zmianę treści zobowiązania dłużnika (art. 632 K. z.).

Ważne znaczenie ma, szczególnie w czasach obecnych, gdy w poszczególnych państwach wydaje się ustawy moratoryjne, czy to dla pewnych tylko długów (długi hipoteczne), czy też dla pewnej kategorii dłużników (moratorium rolnicze), jaki wpływ ma moratorium udzielone dłużnikowi na obowiązki poręczyciela? — Chodzi o to, czy skutki moratorium ustawowego udzielonego dłużnikowi dotyczą również poręczyciela, czy też do niego zastosowania nie mają. Rzecz prosta, że przepisy moratoryjne, wydane w danym państwie, a dotyczące poręczenia, nie mogą decydować o prawie właściwym dla dłużnika. Przeważa pogląd, że moratorium udzielone dłużnikowi pozostaje zasadniczo bez wpływu na zobowiązania poręczyciela[28]), o ile z prawa poręczyciela nie wynika, że odnośne ulgi również jemu przysługują. Tak więc w tym kierunku decyduje prawo poręczyciela. Wynika to z natury rzeczy, gdyż wierzyciel stara się o wzmocnienie swej wierzytelności poręczeniem po to, by móc uzyskać zapłatę, bez względu na trudności zachodzące po stronie dłużnika.

Podobnie, jak przy moratorium, ma się rzecz z układem zawartym w postępowaniu układowym lub upadłościowym. Tu

[28]) **Nussbaum: o. c., str. 269.**

prawo polskie wyraźnie podkreśla (art. 68 pr. ukł. i art. 193 § 2 pr. upadł.), że układ nie ma wpływu na poręczenie. W tym przypadku norma prawa materialnego ma również wpływ na prawo właściwe.

We wszystkich przypadkach unormowanych w art. 7—9, strony związane są wedle art. 10 szczególnymi zakazami ustawowymi, unieważniającymi sprzeczne z nimi czynności prawne, a wydanymi w państwach, w których dłużnik ma miejsce zamieszkania i ma wypełnić zobowiązania. Art. ten odbiega więc od zasad art. 9. Wprowadza on, obok *„lex domicilii“*, *„lex solutionis“*, nieznane art. 9. Gdyby art. 9 wprowadzał tylko *„lex domicilii“*, to uzasadniony byłby art. 10. Cóż jednak począć z zobowiązaniami, które ocenia się wedle miejsca zawarcia umowy, a do których art. 10, jakby to z treści jego wynikać mogło, się nie odnosi? — Art. 10 rozszczepia całą umowę względnie stosunek zobowiązaniowy na części, i to tak w umowie jednostronnej jak i dwustronnej. O zakazach decyduje zawsze kumulatywnie, a nie alternatywnie, *„lex domicilii“* i *„solutionis“*. Przepis ten wprowadzono dlatego, aby dać możność unieważnienia części umowy i utrzymania reszty (art. 56 § 2 K. z.). Z czysto oportunistycznych względów wprowadzono zatym dla zakazów powyższe dwa łączniki, z których *„lex solutionis“* jest stosowany wyjątkowo.

Jeśli wierzyciel zrzekł się pretensji wobec dłużnika, a poręczenie nie jest solidarne (art. 633 § 4 K. z.), wówczas prawo poręczyciela rozstrzyga, czy tenże mimo to nadal odpowiada za dług. Dla prawa polskiego zgodnie z zasadą akcesoryjną przyjęto w art. 632 K. z., że zgaśnięcie długu powoduje zgaśnięcie poręczenia.

Skoro prawo poręczyciela ma decydujące znaczenie dla stosunku do wierzyciela, to również w stosunku do dłużnika to prawo jedynie decydować może. W pierwszym rzędzie decyduje umowa, jaką dłużnik z poręczycielem zawarł. Zależnie od jej treści należy odnośny stosunek ocenić według zasad wyrażonych w art. 9 ust. o pr. mnd. pryw.

Jeśli jest więcej poręczycieli, zobowiązanie każdego z nich ocenia się samodzielnie. Pogląd ten przyjmują między innymi Fiore, Jitta, Letzgus, Nussbaum itd. Wynika to również z natury rzeczy poręczenia, gdyż każdy poręczyciel zawierający odrębną umowę działa w tym przekonaniu, że stosunek jego do wierzyciela będzie odrębnie oceniony. Wprawdzie przez dopuszczenie w tym przypadku kilku praw, może dojść do rozmaitych rozstrzygnięć, ale jest to już następstwem odrębnych porządków prawnych, którym prawo międzynarodowe prywatne żywot swój zawdzięcza.

Dr IGNACY ROSENBLUTH
Sędzia Sądu Okręgowego (Kraków)

Generalizacja układu zbiorowego pracy.

I.

Instytucja układów zbiorowych jest przejawem socjalizacji prawa prywatnego, która w systemie tegoż prawa powoduje przewartościowanie i zmianę wielu pojęć oraz zasad, zdawałoby się odwiecznych. Prawo pracy, najbardziej nią dotknięte, z trudem tylko mieści się w systemie prawa prywatnego, opartego na prawie rzymskim, dla którego zasada wolności umów, jak również zasada *„pacta sunt servanda“*, były podstawowymi zasadami całego prawa prywatnego. Przenikają je pierwiastki publiczno-prawne, które w prawie pracy coraz bardziej odgrywają decydującą rolę. Jeżeli nowa teoria[1]) stawia podział prawa na prawo prywatne i publiczne pod znakiem zapytania, to dziedzina prawa pracy może być klasycznym przykładem tak silnego pomieszania pierwiastków prywatno- i publiczno-prawnych, że nie wiadomo niekiedy, czy w danej kwestii zastosować zasady prawa prywatnego, czy też prawa publicznego.

Odpowiedź na to pytanie nie ma bynajmniej charakteru tylko teoretycznego. Innymi bowiem kategoriami myśli prawnik przy ocenie stosunków jednostki z grupą społeczną, do której ona należy, lub przy ocenie stosunków między różnymi grupami społecznymi, a więc w dziedzinie, która według tradycyjnego podziału stanowi prawo publiczne, innymi zaś przy ocenie stosunków jednostki z podobnymi do niej jednostkami, powstałych celem zaspokojenia ich potrzeb osobistych[2]). Zgodnie bowiem z zasadą prawa rzymskiego: *„Publicum ius est, quod ad statum rei publicae spectat — privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet“*[3]), przy ocenie tego samego problemu z punktu widzenia prawa publicznego prawnik będzie miał na oku w pierwszym rzędzie cel społeczny przepisu i dobro narodu, podczas gdy cywilistyczny sposób myślenia skłaniać go będzie np. do badania woli stron przy zawiązaniu stosunku prawnego.

Jest rzeczą charakterystyczną, jak powyższe dwa punkty

---

[1]) **Jaworski**: Nauka Prawa administracyjnego. — Zagadnienia ogólne 1924, str. 196.
[2]) **Capitant**: Wstęp do nauki prawa cywilnego, 12.
[3]) Fr. 1 § 2 D.: de iust. et iure, I, 1; § 4 I inst. de iust. et iure I, 1.

widzenia — publiczno- i prywatno-prawny — pokrywają się w rezultatach, do jakich dochodzą, z podziałem na zwolenników kapitalistycznego ustroju społecznego z jednej strony, i socjalistów wszelkich odcieni z drugiej strony. Podczas gdy pierwsi w dziedzinie prawa pracy jako zasadę przyjmują swobodę w zawieraniu umów i obowiązek ich przestrzegania, stosując wykładnię ścieśniającą do wszelkich wyjątków od tej zasady, to drudzy[4]) zajmują wręcz przeciwne stanowisko, jak gdyby prawo pracy w ogóle już nie należało do prawa prywatnego.

Pomieszanie pierwiastków publiczno- i prywatno-prawnych jest zresztą cechą charakterystyczną nie tylko dla prawa pracy, lecz także dla tych wszystkich gałęzi prawa, które określamy ogólnym mianem prawa gospodarczego. Prawo gospodarcze zajmuje się bowiem głównie tymi zjawiskami gospodarczymi, które jako stosunkowo nie dawno powstałe, nie znalazły jeszcze normatywnego uregulowania — bądź też tymi nowymi normami prawa pozytywnego, które wydane zostały pod wpływem nowych zjawisk gospodarstwa społecznego i wskutek tego nie są należycie sharmonizowane z prawem powszechnym, doznającym pod ich wpływem pewnego przewartościowania.

Rozwój gospodarczy, w szczególności koncentracja produkcji, zjawisko opanowania pewnych bardzo poważnych gałęzi produkcji przez kartele i trusty, silne stanowisko robotników, stanowiących w państwach o wielkim przemyśle znaczny odłam wyborców do ciał ustawodawczych, a w końcu wzrastający etatyzm — doprowadziły do tego, że mimo, iż przepisy kodeksów cywilnych nadal obowiązują, to jednak z tych idei, które były podstawą instytucyj prawa cywilnego, nie wszystko pozostało. Zjawiska te wpłynęły tak potężnie na sposób myślenia prawników, nawet cywilistów, że nowe zjawiska ujmują z punktu widzenia tych idei, starając się sharmonizować je z systemem prawa cywilnego, co nie zawsze udaje się w zupełności[5]).

Układy zbiorowe pracy, zasada niezmienialności postanowień normatywnych układu zbiorowego przez indywidualne umowy o pracę (art. 7 ust. o ukł. zb.)[6]), a zwłaszcza nadanie mocy powszechnie obowiązującej układom zbiorowym, stanowią w dobie obecnej szczytowy punkt socjalizacji prawa pracy

---

[4]) W książce mojej o układach zbiorowych (Układy zbiorowe — komentarz, Kraków, 1937), miarodajny był dla mnie pierwszy z podanych punktów widzenia; w recenzji o tej książce **Fenichla** Gł. Adw. str. 322/37 przeważa publiczno-prawny, socjalistyczny punkt widzenia.

[5]) **Rosenblüth:** Prawo gospodarcze w Niemczech — P. P. H. 1928.

[6]) Ustawa o układach zbiorowych z 14. IV. 1937 (Dz. U. R. P. Nr 31, poz. 242) powoływana jest w skróceniu: ust. o ukł. zb.

i dlatego powinny budzić zainteresowanie prawników; obserwując bowiem ustawowe ujęcie tej instytucji, można zdać sobie sprawę z ewolucji, która w ciągu krótkiego okresu czasu, w latach po wojnie światowej, przybrała tak silne tempo, że w umysłach mniej odpornych, mniej wykształconych na historii prawa, mniej świadomych zasad, na których opierać się musi stosunek jednostek z innymi jednostkami, łatwo wywołać może — rewolucję.

II.

W myśl art. 21 ust. o ukł. zb., jeżeli układ zbiorowy pracy posiada gospodarczo przeważające znaczenie w gałęzi pracy, objętej układem, na obszarze, dla którego układ ten został zawarty, Minister Opieki Społecznej może na wniosek jednego z uczestników układu albo na wniosek zainteresowanego związku lub zrzeszenia (stowarzyszenia), po uprzednim podaniu tego do wiadomości zainteresowanym, nadać mu w całości lub w części, w drodze zarządzenia, moc powszechnie obowiązująca na całym, objętym przez układ, obszarze, lub na jego części, na której układ uzyskał przeważające znaczenie. Nadanie układowi zbiorowemu przez władze mocy powszechnie obowiązującej, nosi w literaturze miano generalizacji układu zbiorowego lub jego legalizacji (Raczyński). Ponieważ zarządzenie władzy nie nadaje układowi zbiorowemu charakteru ustawy, lecz rozciąga jedynie układ zbiorowy na osoby niezwiązane tym układem zbiorowym (na niezrzeszonych, czyli tzw. outsiderów), przeto określenie tego aktu administracyjnego mianem generalizacji układu zbiorowego, uważam za bardziej odpowiadające jego naturze prawnej.

Cel układu zbiorowego byłby często chybiony, gdyby w danej gałęzi pracy istniały przedsiębiorstwa, niezwiązane układem zbiorowym, korzystające z tańszej pracy niezrzeszonych pracowników, tzw. *„dzikich“*, które mogłyby w danym przypadku z powodzeniem konkurować z przedsiębiorstwami związanymi układem zbiorowym. Temu ma właśnie zapobiec *generalizacja układu zbiorowego*, która stwarza jednakowe warunki dla wszystkich przedsiębiorstw w danej dziedzinie pracy. Już sama możliwość generalizacji układu zbiorowego powoduje, że przedsiębiorcy przystępują do układu zbiorowego w charakterze uczestników, co im zapewnia korzystniejszą rolę w stosunku do *outsiderów*, przymusowo związanych generalizacją układu zbiorowego. Podczas bowiem gdy uczestnicy układu zbiorowego mogą, mimo jego generalizacji, zmienić układ zbiorowy lub nawet go rozwiązać, to outsiderzy zdani są na łaskę uczestników, a układ zbiorowy, wobec generalizacji, wiąże ich w zasadzie tak długo, jak długo są nim związani jego uczestnicy.

III.

Przed przystąpieniem do rozważania natury prawnej generalizacji układu zbiorowego pracy, musimy sobie zdać sprawę z natury prawnej układu zbiorowego, która w literaturze prawniczej jest sporna, z uwagi na zupełnie odmienny charakter części normatywnej[7]) i obligatoryjnej[8]). — Podczas gdy dla nikogo nie ulegało kwestii, że postanowienia części obligatoryjnej układu zbiorowego stanowią umowę obligatoryjną, to wątpliwości budziła zawsze natura prawna części normatywnej, a w konsekwencji układu zbiorowego jako takiego.

Gdy jedni uważają układ zbiorowy wyłącznie za źródło prawa o charakterze normy autonomicznej korporacyj, które ustawodawca delegował do wydawania takich norm (teoria ustawowa), to według teorii umowy układ zbiorowy jest zwykłą umową, która wiąże tylko uczestników i tych którzy im udzielili pełnomocnictwa. Każda z tych teoryj tłumaczy tylko naturę prawną jednej części układu zbiorowego, podczas gdy obie części układu zbiorowego, obligatoryjna i normatywna, stanowią jedną całość, tak dalece ze sobą związaną, że w razie nieważności jednej części układu zbiorowego, nieważna jest tym samym i druga. Powstały więc i teorie pośrednie, według których układ zbiorowy jest połączeniem umowy obligatoryjnej (część obligatoryjna układu zbiorowego) z źródłem prawa (część normatywna).

Na tle ustawy o układach zbiorowych pracy z dnia 14 kwietnia 1937 (Dz. U. R. P. Nr 31, poz. 242) przyjąć należy, że układ zbiorowy jest umową, do której mają zastosowanie przepisy prawa cywilnego, co wyraźnie stwierdza art. 1 ust. (3) tejże ustawy. Mimo więc bardzo licznych przepisów o charakterze publiczno-

---

7) **Część normatywna** układu zbiorowego ustala **warunki**, jakim winny odpowiadać indywidualne umowy o pracę lub umowy o naukę uczniów przemysłowych. Normami tymi są wiązani nie tylko **uczestnicy** układu zbiorowego, ale także **pracownicy** i **pracodawcy, należący do związków, które układ zbiorowy zawarły**, a w pewnych przypadkach **także niezrzeszeni** (art. 5 ust. (2) ust. o ukł. zb.). Część normatywna stanowi istotny trzon układu zbiorowego, i tylko ta część staje się automatycznie z mocy samego prawa **częścią składową indywidualnych umów o pracę**, jeżeli pracodawca zawarł z pracownikiem umowę o pracę dla pracownika mniej korzystną.

8) **Część obligatoryjna** zawiera wzajemne zobowiązania uczestników układu zbiorowego. Każdy układ, aby mieć charakter układu zbiorowego pracy, musi zawierać przynajmniej jedno postanowienie natury obligatoryjnej, mianowicie **zobowiązanie** uczestników **do przestrzegania** przez ich członków **warunków** pracy, ustalonych w części normatywnej. Do tej części należą między innymi postanowienia dotyczące **obowiązku zachowania pokoju socjalnego, klauzula powrotu pracowników zwolnionych z powodu strajku** i t. d.

prawnym, zawartych w tej ustawie, układ zbiorowy nie jest umową publiczno-prawną, nawet bowiem część normatywna nie jest pozbawiona charakteru umowy prywatno-prawnej. Część normatywna ma bowiem również charakter umowy obligatoryjnej, która od innych umów kolektywnych prawa prywatnego, (np. umowy producentów z kolejami, kartelu producentów surowca z kartelem producentów przemysłowych) różni się tym, że ustawa nadaje tej części układu zbiorowego charakter niezmienialności, który sprawia, że mimo odmiennej, dla pracownika mniej korzystnej, umowy indywidualnej o pracę, postanowienia korzystniejsze układu zbiorowego stają się automatycznie częścią indywidualnej umowy stron, nawet wbrew ich woli. Dalszą cechą charakterystyczną jest to, że w odróżnieniu od innych umów, z których wypływają prawa i obowiązki tylko dla osób, które je zawarły, postanowienia części normatywnej układu zbiorowego wiążą także członków związków, które układ zbiorowy zawarły, a pracodawców zarejestrowany układ zbiorowy pracy wiąże także w stosunku do niezrzeszonych pracowników, należących do gałęzi pracy, objętych układem.

Część normatywna układu zbiorowego wykazuje duże podobieństwo do ustaw, stanowi bowiem w rzeczy samej normę prawną dla całego szeregu stosunków prawnych, lecz możność zmiany układu zbiorowego przez jego uczestników za zgodą obu stron uczestniczących w każdej chwili (art. 19 ust. o ukł. zb.), jak również okoliczność, że uczestnicy układu zbiorowego, np. związki zawodowe, są przedstawicielami zrzeszonych w nim członków, wyróżnia część normatywną układu zbiorowego od ustaw i pozwala na zaliczenie układu zbiorowego pracy w całości do prawa prywatnego, zwłaszcza że uczestnicy układu zbiorowego — nawet w przypadkach, gdy uczestnikami są związki i zrzeszenia, skupiające liczne jednostki — występują w nim jako samoistne i równorzędne podmioty.

IV.

Również natura prawna generalizacji układu zbiorowego jest w literaturze prawniczej sporna. W literaturze niemieckiej, bardzo w tej dziedzinie bogatej, rozwinęły się następujące teorie:

I. Teoria ustawy (Kaskel w dawniejszych wydaniach, Hueck, Jacobi), podkreśla charakter generalizacji układu zbiorowego, jako zarządzenia prawnego władzy, które wiąże nie tylko outsiderów, ale i uczestników układu zbiorowego, dopóki zarządzenie to nie zostanie przez władzę uchylone, choćby sam układ zbiorowy już poprzednio wygasł. Teoria ta zapoznaje autonomiczny

charakter układu zbiorowego, a generalizacja układu zbiorowego według niej ma znaczenie nie tylko dla outsiderów, ale i dla osób, które przed generalizacją były nim związane. Pewną modyfikację tej teorii stanowią teorie Oertmanna i Sinzheimera, którzy wprawdzie również są zwolennikami teorii ustawy, z tym jednak ograniczeniem, że generalizacja układu zbiorowego tyczy osób, które przed generalizacją były nim związane, oraz teorie Molitora i Neumana, według których mimo tego charakteru generalizacji, skutki jej gasną wraz ze zgaśnięciem układu zbiorowego. Nawet jednak przy tym ograniczeniu teoria ta przeocza, że akt administracyjny, jakim jest generalizacja układu zbiorowego, nie może być źródłem obiektywnego prawa.

II. Teoria umowy (Nipperdey, Kaskel-Dersch), według których układ zbiorowy jest aktem administracyjnym, a jego istota polega jedynie na rozszerzeniu osobowego zasięgu mocy obowiązującej układu zbiorowego, bez istotnej zmiany jego natury.

W powyższym podziale teoryj przejawia się wspomniany na wstępie podwójny punkt widzenia, jaki spotkać możemy we wszystkich przypadkach, które są przejawem socjalizacji prawa prywatnego, a mianowicie: prywatno-prawny, a zarazem kapitalistyczny, lub publiczno-prawny, powiedziałbym socjalistyczny.

Jak wynika z art. 1 ust. (3) ust. o ukł. zb., w myśl którego do układu zbiorowego pracy mają zastosowanie przepisy prawa cywilnego, dotyczące umów, ustawa polska — jak wyżej pod III przedstawiono — uważa układ zbiorowy pracy za umowę prawa prywatnego, co jest zgodne z podstawowymi zasadami naszego ustroju ekonomicznego i prawnego. W konsekwencji przyjąć należy, że na tle prawa polskiego dla oceny generalizacji układu zbiorowego wyłącznie miarodajna jest teoria umowy. Wskazuje na to również przepis art. 22 ust. o ukł. zb., w myśl którego moc powszechnie obowiązująca układu zbiorowego pracy ustaje wraz z upływem terminu, na jaki był zawarty, a przy układzie zbiorowym pracy, zawartym na czas nieoznaczony, w razie wypowiedzenia przez wszystkich uczestników jednej ze stron. Z przepisu tego wynika bowiem, że mimo mocy powszechnie obowiązującej układu zbiorowego jego uczestnicy zachowują moc dysponowania nim. To też układ zbiorowy, mimo nadania mu mocy powszechnie obowiązującej, pozostaje nadal umową, a jedynie akt administracyjny, jakim jest generalizacja układu zbiorowego, rozszerza krąg osób, związanych tym układem.

Zarządzenie o nadaniu układowi zbiorowemu mocy powszechnie obowiązującej ma charakter aktu administracyjnego, opartego na swobodnym uznaniu, nie podlega więc zaskarżeniu do Najwyższego Trybunału Administracyjnego. Również sądy pracy i powszechne nie mogą badać, czy były warunki do generalizacji układu zbiorowego, mogą jednak mimo generalizacji układu zbiorowego badać, czy układ zbiorowy był ważny, a jeżeli uznają, że układ zbiorowy był nieważny, wówczas również jego generalizacja nie ma żadnego znaczenia prawnego, skoro istota jej polega tylko na rozciągnięciu układu zbiorowego na inne osoby.

Wskutek nadania układowi zbiorowemu mocy powszechnie obowiązującej, zmienia się więc na danym terytorium tylko zakres osób, związanych układem zbiorowym, w szczególności zbędna staje się kwalifikacja z art. 5 ust. o ukł. zb., tj. przynależność do tych związków, które układ zbiorowy zawarły, albowiem układ zbiorowy wiąże w gałęziach pracy i na terytorium, objętych generalizacją, wszystkich pracowników danej dziedziny, choćby oni byli związani innym układem zbiorowym, który nie uzyskał generalizacji. Warunkiem jednak zastosowania generalizowanego układu zbiorowego do pewnego stosunku pracy jest posiadanie przez pracodawcę i pracownika kwalifikacji fachowej, tj. przynależności do tej gałęzi pracy, w której układ zbiorowy otrzymał moc powszechnie obowiązującą.

Generalizacja układu zbiorowego nie wywiera żadnego wpływu na prawa i obowiązki uczestników układu zbiorowego i osób, które nawet w braku generalizacji, byłyby nim związane. Uczestnicy układu zbiorowego mogą więc zmienić go lub zupełnie rozwiązać. Jednakże w przypadku, gdy tylko niektórzy z uczestników zwolnią się od układu zbiorowego wskutek wypowiedzenia lub zapowiedzenia wygaśnięcia, pozostają nim — wobec jego generalizacji — nadal związani już tylko w charakterze outsiderów, których wiąże powszechnie obowiązująca moc układu zbiorowego. Moc powszechnie obowiązująca układu zbiorowego nie może jednak trwać dłużej ponad czas, w którym układ zbiorowy obowiązuje jego uczestników, którzy nim nadal dysponują, mogąc go rozwiązać.

Jeżeli uczestnicy układu zbiorowego, któremu nadano moc powszechnie obowiązującą, zmienią go, wówczas moc powszechnie obowiązująca generalizacji nie rozciąga się na tę zmianę, o ile Minister Opieki Społecznej nie wyda w tym kierunku nowego zarządzenia.

Jak wynika z powyższego, generalizacja układu zbiorowego powoduje podział osób, związanych mocą po-

wszechnie obowiązującą układu zbiorowego na dwie kategorie. Pierwszą, rzec można, uprzywilejowaną kategorię, stanowią uczestnicy układu zbiorowego, którzy mają w pewnej mierze, mimo jego generalizacji, możność zmiany i wypowiedzenia; to ostatnie będzie w tym przypadku praktycznie skuteczne tylko wówczas, gdy dokonają go wszyscy uczestnicy jednej ze stron, bo dopiero wówczas gaśnie moc powszechnie obowiązująca układu zbiorowego pracy. Drugą stanowią outsiderzy, którzy praw tych nie mają, przy czym dla nich na skutek zarządzenia władzy, a więc aktu administracyjnego, wyłącznym źródłem prawa jest umowa zawarta przez zupełnie inne osoby i związki, które nawet nie są ich przedstawicielami. Źródłem prawa obiektywnego nawet dla nich nie jest sam akt administracyjny, którym nadano układowi zbiorowemu pracy moc powszechnie obowiązującą, lecz jedynie w związku z samym układem zbiorowym, zawartym przez inne osoby i związki. Trudno w tych przypadkach o jasną konstrukcję, bo mamy tu do czynienia ze zjawiskami społecznymi i konfliktem interesów, który ustawodawca rozwiązuje, kierując się oportunizmem, aby jak najskuteczniej osiągnąć zamierzone cele społeczne i ekonomiczne, a nie „szarą teorię".

Dr HENRYK FREUND
Adwokat w Berlinie.

Zasada domicylu w nowym łotewskim prawie międzynarodowym.

Tłumaczył Wiktor Turek (Lwów).

I.

W okresie powojennym dwa państwa dokonały kodyfikacji swego prawa prywatnego międzynarodowego: — Polska w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 2. sierpnia 1926 r. (Dz. U. R. P. Nr 101, poz. 581) i Łotwa w przepisach wprowadczych do Kodeksu cywilnego z 28 stycznia 1937 r.

Z pośród tych dwu kodyfikacyj — polska ustawa stanowi zupełnie nowy twór prawny, natomiast kodyfikacja łotewska przedstawia się jako przeróbka międzyterytorialnych norm kolizyjnych Prawa prowincyj bałtyckich, które za rządów rosyjskich obowiązywało w guberniach nadbałtyckich, a które jeszcze stanowi główny zrąb prawa cywilnego Łotwy.

W swych myślach przewodnich obie wspomniane ustawy różnią się między sobą zasadniczo. Ustawa polska, którą jej

twórca profesor Zoll (z Krakowa) oparł na przedwojennym projekcie austriackim, hołduje przyjętej w nowoczesnej nauce europejskiego kontynentu zasadzie właściwości prawa ojczystego. Natomiast prawo łotewskie utrzymało nadal zasadę domicylu, która, podobnie jak w niemieckim prawie powszechnym, obowiązywała w prawie prowincyj bałtyckich.

Wyższości zasady domicylu nad zasadą właściwości prawa ojczystego bronił gorąco prof. Schilling z Rygi w referacie wygłoszonym na kongresie prawniczym państw bałtyckich odbytym w Kownie w dniach 21—23 maja 1931 r.[1])

W referacie tym prof. Schilling uznał zasadę prawa ojczystego, która po Francji (Code civil) opanowała Włochy i Niemcy, za zasadę łatwo wprowadzającą w błąd i niemożliwą do przeprowadzenia, a pogląd swój uzasadnił przede wszystkim nieprzychylnym przyjęciem, jakiego doznały z biegiem czasu haskie konwencje o prawie małżeńskim z r. 1902 i 1905 u poszczególnych państw, które początkowo do nich przystąpiły. Wyraził przy tym przekonanie, że najnowszy rozwój prawa prywatnego międzynarodowego niesie z sobą powrót do zasady domicylu i zwrócił uwagę na stosunki amerykańskie, w szczególności na okoliczność, że na gruncie Codigo Bustamante z 13. 2. 1928 (który, jak wiadomo, pozostawił państwom wybór między obu zasadami), szereg państw południowo-amerykańskich wypowiedział się za zasadą domicylu. Powołał się ponadto na najnowsze tendencje ustawodawstwa niemieckiego do stosowania zasady domicylu w stosunku do bezpaństwowców.[2]) Według prof. Schillinga za zasadą domicylu przemawia okoliczność, że dla każdego państwa w pierwszym rzędzie muszą być decydujące interesy jego własnych obywateli, co pociąga za sobą konieczność stosowania domicylu jako łącznika. Tylko ten łącznik bowiem zapewnia bezpieczeństwo obrotu prawnego, podczas gdy zasada prawa ojczystego wprowadza tylko niepewność

---

[1]) Przedrukowany w **Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht,** 1931, str. 633. O samym kongresie por. **Freund** w Deutsche Juristenzeitung, 1931, str. 820, i w **„Zeitschrift für Ostrecht“**, 1931, str. 478.

[2]) Por. ust. o niemiecko-rosyjskich umowach z 6. I. 1926, art. 4, RGBl. II. 1 (zastosowanie prawa niemieckiego do spadków bezpaństwowych emigrantów rosyjskich, którzy zmarli w Niemczech) i najnowszą ustawę z 12. 4. 1938, RGBl. I, 380, art. 7 (poddanie bezpaństwowców ustawie państwa pobytu). Obo powyższe argumenty nie wytrzymują krytyki. Okoliczność, że do bezpaństwowców zasada obywatelstwa nie może znaleźć zastosowania, nie może stanowić jeszcze argumentu przeciw tej zasadzie, chodzi tu bowiem o wyjątek. Z tą samą słusznością możnaby zwalczać zasadę domicylu z powołaniem się na fakt, że istnieją osoby, nie mające zamieszkania. Co się tyczy przykładu z państw amerykańskich, to dotyczy on krajów wybitnie imigracyjnych, w których zasada domicylu służy tendencji do asymilowania przybyszów, przy czym samo zamieszkanie na terytorium tych krajów stanowi pierwszy stopień do nadania przybyszowi obywatelstwa.

i pociąga za sobą wkraczanie w porządek prawny państw obcych.

Nie wchodząc w to, jak mało powyższe argumenty są przekonywające, i ileby można przytoczyć racyj do ich zwalczenia, stwierdzić trzeba fakt, że łotewskie prawo prywatne międzynarodowe poszło drogą wskazaną przez prof. Schillinga, za obraniem której zresztą w Łotwie przemawiać by mogła już ta sama okoliczność, że zasada domicylu panowała dotychczas w prawie prowincyj bałtyckich. Wiadomo bowiem, jak wielką rolę odgrywa konserwatyzm w prawodawstwie.

II.

System norm kolizyjnych, oparty na zasadzie domicylu powinien szczególną uwagę poświęcić dokładnemu określeniu pojęcia zamieszkania, jak to ma miejsce w systemach praw anglosaskich. Pod tym względem łotewski kodeks cywilny nie jest wolny od zarzutów.

W art. 7. ust. 1. stanowi on:

Miejscem zamieszkania jest miejsce, w którym pewna osoba osiedla się dobrowolnie z wyraźnym lub milcząco wyrażonym zamiarem, aby tam stale żyć lub stale być czynną.

Powyższa definicja obejmuje dwa elementy: 1) fakt osiedlenia się — i 2) zamiar stałego życia lub stałej działalności.

Już to, co należy rozumieć przez *„osiedlenie się"*, nastręcza w praktyce częste wątpliwości. Art. 7, ust. 3 stanowi negatywnie, że pobyt tylko *przejściowy* nie może wywoływać prawnych skutków zamieszkania. W kwestii jednak, co się rozumie przez *pobyt przejściowy,* decydować powinien zamiar, a nie okres trwania pobytu. W granicach między stworzeniem właściwego zamieszkania, posiadaniem umeblowanego pokoju, mieszkaniem w pensjonacie lub w hotelu i samym policyjnym zameldowaniem, istnieje tu cała skala stosunków łączących się z zamieszkaniem, która stosownie do nieuchwytnej a często zmieniającej się woli (zamiaru) zainteresowanej osoby, mieni się wszystkimi barwami tęczy, a ostateczne skrystalizowanie zmuszona będzie znaleźć wielokrotnie w bardziej lub mniej dowolnym rozstrzygnięciu sędziego.

To, że osoba może mieć kilka miejsc zamieszkania (art. 7. ust. 2), nie wprowadza ułatwienia sytuacji.[3]) Ponieważ nie została przyjęta zasada praw anglosaskich, że każda osoba, bez względu na swą wolę, musi posiadać jakieś zamieszkanie, powstaje luka w przypadkach, gdy zamieszkanie wogóle nie da się oznaczyć. Weźmy tylko częsty dzisiaj przypadek, że ktoś utracił w ojczyźnie swój domicyl, a nie nabył jeszcze nowego. Naturalne dla takiego przypadku rozwiązanie, streszczające się w zastąpieniu łącznika zamieszkania łącznikiem po-

---

[3]) Wiadomo, że prawa angielskie i amerykańskie konsekwentnie odrzucają możliwość podwójnego domicylu.

bytu, zostało uniemożliwione przepisem art. 7, ust. 3, który przejściowemu pobytowi odmawia skutków zamieszkania. Pojęcia zwykłego lub stałego pobytu nie są wogóle znane ustawie, tak że dla naszego przypadku nie znajdujemy w niej żadnej normy, któraby stwarzała jakiś łącznik dla zagadnień zdolności prawnej i zdolności do działań prawnych osoby, nie mającej żadnego zamieszkania.

Skoro więc i tutaj judykatura będzie musiała sama sobie w jakiś sposób pomagać, aby znaleźć konieczne rozwiązanie, widzi się jasno, jak niepewne jest kryterium domicylu w łotewskim kodeksie cywilnym — o wiele bardziej niepewne, niż przynależność państwowa (obywatelstwo), które dla większości osób bez trudu da się ustalić.

Odpowiednio trudny jest wybór łącznika także przy podwójnym zamieszkaniu. Wprawdzie kodeks cywilny przewiduje, że na wypadek, gdy jedno z kilku miejsc zamieszkania leży na Łotwie, to ono powinno decydować o prawie mającym mieć zastosowanie, ale nie zawiera żadnej normy dla sytuacji, w której miejsca zamieszkania znajdują się na terenie dwóch lub większej liczby państw obcych.

Szczególnie wpadającą w oczy elastyczność wykazuje kodeks cywilny łotewski przy określaniu tzw. niesamodzielnego (pochodnego) domicylu.

Według art. 85 w małżeństwie o zamieszkaniu decyduje mąż. Żona jednak nie musi stosować się do zarządzeń męża, gdy on nadużywa swych uprawnień. Tu więc możliwy jest różny domicyl, a w związku z tym także różny status dla małżonków; w szczególności raz oparty na podstawie stworzonej porozumieniem małżonków, wzgl. zarządzeniem męża, drugi raz na fakcie nadużycia prawa przez męża.

Dla małoletnich określają domicyl rodzice (art. 187) w wypadku sporu — ojciec (art. 177), ewentualnie radca sierocy (art. 178) lub opiekun (art. 252).

Także tu nie brak źródeł wątpliwości i niepewności prawnej.

III.

Zasada domicylu wypowiedziana jest przede wszystkim w postanowieniu art. 8, według którego zdolność prawną i zdolność do działań prawnych osoby fizycznej określa się według ustaw miejsca jej zamieszkania. Jest to jedna z nielicznych *zupełnych norm kolizyjnych* łotewskiego kodeksu cywilnego. Pozatem przeważnie w drodze postanowień jednostronnych uregulowano przypadki, w których miejsce zamieszkania znajduje się na Łotwie. I tak rozstrzyga łotewski domicyl: a) osób mających znaleźć się pod opieką lub kuratelą, odnośnie opieki i kurateli (art. 9 zd. 1);

b) osoby zaginionej (ostatnie miejsce zamieszkania), o uznaniu za zmarłego (art. 10 zd. 1);

c) małżonków odnośnie stosunków osobistych i majątkowych (art. 13, zd. 1), matki dziecka (z czasu nawiązania stosunku) dla roszczeń wywodzących się z pozamałżeńskiego obcowania (art. 14, ust. 1);

d) osoby sprawującej władzę ojcowską dla stosunków między rodzicami i dziećmi (art. 15, ust. 1).

Powyższe przepisy uzupełnione są wprowadzeniem *właściwości legis rei sitae,* a w szczególności postanowieniem, że we wszystkich powyższych wypadkach, także w braku łotewskiego domicylu, prawo łotewskie ma znaleźć zastosowanie do tego majątku odnośnych osób, który znajduje się na terytorium Łotwy (art. 9, zd. 2, art. 10, zd. 2, art. 13, zd. 2, art. 15, ust. 2).

W powyższym unormowaniu rzuca się w oczy chęć ułatwienia zadania sędziego łotewskiego. Kierując się nią ustawodawca przekroczył samą zasadę domicylu i wszedł na drogę terytorializmu, świadomie odwracając się od zasady *comitatis,* i rezerwując jedynie dla umów międzynarodowych możliwość zobowiązania się do szerszego uwzględnienia praw obcych.

W ten sposób wyłącznie prawu łotewskiemu ma podlegać małżeństwo i rozwód cudzoziemców, o ile akty te mają miejsce na Łotwie, i to w każdym kierunku, a zatem także odnośnie do materialnych warunków zawarcia małżeństwa i rozwodu; zastrzenia, jakie budzi ten przepis nie wymagają podkreślenia.

Zasada *legis patriae* może znaleźć zastosowanie tylko w tym przypadku, gdy prawo łotewskie jako *lex patriae* ma być stosowane do łotewskich obywateli, którzy za granicą zawierają małżeństwo lub starają się o rozwód.

Znamienne jest traktowanie spadków. Prawie według wszystkich systemów prawnych decydującą rolę dla zastosowania prawa właściwego odgrywa tutaj osoba spadkodawcy, bez względu na to, czy odnośne państwo, którego system norm kolizyjnych bierzemy na uwagę, hołduje zasadzie obywatelstwa czy też zasadzie domicylu. Powyższe unormowanie wypływa z konstrukcji uznającej spadek za jednolitą całość prawną, opartą na stosunku przedmiotów należących do spadku do osoby, w szczególności do osoby spadkodawcy. Jedynie nieruchomości należące do spadku, bywają w licznych ustawodawstwach poddawane, o ile idzie o ich dziedziczenie, prawu państwa, na którego obszarze są położone. Jednakże takie wydzielanie poszczególnych przedmiotów z jednolitej masy spadkowej bywa słusznie coraz bardziej zarzucane. W prawie niemieckim i w polskiej ustawie z 2 sierpnia 1926 r. owo rozróżnianie spadku ruchomego i nieruchomego, zgodnie ze wskazaną ostatnio tendencją, już nie istnieje.

Ustawa łotewska zawiera niespotykany przepis stanowiący, że spadek położony na Łotwie podlega prawu łotewskiemu także wtedy, gdy spadkodawca był cudzoziemcem, i to nie tylko gdy

mieszkał on na Łotwie, ale i wtedy, gdy miał zamieszkanie za granicą. W ten sposób omawiany przepis pomija nie tylko zasadę obywatelstwa, jak to czynią pozostałe przepisy łotewskiego prawa prywatnego międzynarodowego, ale także — w przeciwieństwie do tych ostatnich przepisów — odrzuca nawet zasadę domicylu. Wreszcie nie czyni on różnicy między ruchomościami i nieruchomościami. W ten sposób zasada terytorializmu doprowadzona została do najwyższego swego natężenia, i to mimo, iż prawo łotewskie uznaje w wewnętrznym obrocie jedność spuścizny. Na Łotwie uznaje się nawet, że spadek stanowi osobę prawną (art. 383). Tym trudniej więc wytłumaczyć owo rozbicie spuścizny położonej na obszarach różnych krajów, wywołane przyjętą w łotewskim prawie prywatnym międzynarodowym zasadę terytorializmu.

IV.

Jak z jednej strony łotewskie prawo prywatne międzynarodowe z całą świadomością ignoruje zagraniczne prawa, i jak dlatego może być uznane za najmniej międzynarodowy system norm kolizyjnych, tak z drugiej strony przyznać trzeba, że nie wyklucza ono w zupełności instytucji odesłania *(renvoi)*. Przyjmuje ją, ale też w bardzo szczupłych granicach. W szczególności, jeżeli w myśl przepisów łotewskiego prawa prywatnego międzynarodowego ma znaleźć zastosowanie prawo zagraniczne, to należy badać normy kolizyjne tego prawa dla stwierdzenia, czy zawierają one odesłanie do prawa łotewskiego. Jeżeli tak, to należy zastosować prawo merytoryczne łotewskie (art. 23). Wykorzystana została w ten sposób ostatnia możliwość stosowania własnego prawa do stosunków prawnych, w których zainteresowani są cudzoziemcy.

Jak się jednak ma rzecz w tym przypadku, gdy prawo obce, mające znaleźć zastosowanie w konkretnym wypadku, w myśl zasad prawa prywatnego międzynarodowego łotewskiego odsyła do prawa państwa trzeciego? — Duch całego systemu łotewskiego prawa prywatnego międzynarodowego pozwala z całą pewnością przyjąć, że w tym przypadku odesłanie dalsze nie zostanie uwzględnione.

V.

Wreszcie parę słów poświęcić należy omówieniu postanowień umów międzynarodowych wiążących Łotwę. Przede wszystkim wchodzi tu w grę bałtycka konwencja spadkowa z 12 lipca 1921, w której uczestniczą Łotwa, Estonia i Litwa.[4]) Ponieważ wszystkie te państwa uznają dla prawa spadkowego zasadę *legis rei sitae*, możnaby przypuszczać, że ta zasada przeprowadzona została także

[4]) Por. J. Robinson: Bałtijskaja Juridiczeskaja Unia, Kowno, 1937.

we wspomnianej umowie, przy której układaniu nie zachodziła potrzeba liczenia się z innymi państwami. Tak się jednak nie stało. Do największych niespodzianek, jakie przynosi ta umowa, zaliczyć należy postanowienie poddające dziedziczenie majątku, nie tylko ruchomego, ale i nieruchomego, prawu państwa, którego obywatelem był spadkodawca.

Podobne postanowienie znajdujemy w traktacie pokojowym między Łotwą a Związkiem Sowieckich Socjalistycznych Republik z 11 sierpnia 1920,[5]) w art. XVII. l. 3.

Również i w polsko-łotewskiej umowie konsularnej z 3 stycznia 1926 (Dz. U. R. P. Nr 5, poz. 26 ex 1926), przyjęto zasadę *legis patriae* dla zakresu prawa spadkowego, jakkolwiek tylko z ograniczeniem do spadku ruchomego (art. XIII).

W porozumieniach międzynarodowych zasada prawa ojczystego domagą się uwzględnienia poprostu jako łącznik najbardziej naturalny, gdyż każde państwo dążyć będzie zawsze do tego, aby chronić własnych obywateli.

Dr SEWERYN ROSMARIN
Lwów.

Blaski i cienie sądownictwa polubownego.

Ocena instytucji sądów polubownych była w różnych czasach różna. Były okresy, w których sąd polubowny stanowił rzadkość. Tak było w Niemczech, w erze recepcji prawa rzymskiego, kiedy brak rodzimych form sądu polubownego wyraził się w przysłowiu: *„Geh‘ nicht ein ein Kompromiss, du verlierst die Sach‘ gewiss“*. — W jeszcze innych czasach państwo krzywym okiem patrzyło na działanie sądów polubownych. W epoce państwa policyjnego pisał wybitny znawca prawa procesowego, Gönner (1764—1827), iż powoływanie sędziów z wyboru stron było, być może, potrzebne, dopóki brakło dobrze zorganizowanych sądów koronnych. Dzisiaj państwo nie powinno żadnym sposobem cierpieć, iżby istniały *„iudicia conventionalia“*[1]). Pruska *Allgemeine Gerichtsordnung* (1793), poczęta z tego samego policyjnego ducha, tak dalece nie sprzyja sądom polubownym, iż je omal przemilcza mimo, że — co jak co — ale lakoniczności ówczesnym pruskim usta-

---

[5]) Przedrukowany u **Freunda** w Russlands Friedens- und Handelsverträge, Lipsk i Berlin, 1924, str. 106.

[1]) Por. podobne głosy francuskie: **Garsonnet-Cézar-Bru**, Traité de procédure, VIII, 1925, str. 451.

wom wcale zarzucić niepodobna. Badacz prawa pruskiego, Koch, stwierdza, iż za czasów owej kodyfikacji prawie nie było w Prusiech sądów polubownych[2]).

Wahadło zegara dziejów odchyla się w różnych kierunkach. Państwo policyjne nie lubiło gdy kto naruszał jego monopol jurysdykcyjny[3]). W erze liberalizmu, kiedy kodyfikowano procedurę cywilną niemiecką (1877), zaznaczyło się odchylenie w przeciwnym kierunku. Zrobiono może zbyt wielki wyłom w murze orzecznictwa państwowego. Uzasadnienie do projektu nowej p. c., które niemieckie Ministerstwo Sprawiedliwości ogłosiło w r. 1931, powiada[4]) co następuje: „*Kodyfikacja z r. 1877 wychodziła z założenia, iż strony zainteresowane najlepiej potrafią ułożyć swoje sprawy, a państwo doskonale zrobi, jeżeli przestanie się do nich mieszać*". — Według unormowania z roku 1877, „*ani skutki wyroku ani wykonanie orzeczenia sądu polubownego nie zależą od tego, czy orzeczenie to odpowiadało co do strony materialno-prawnej pewnym wymaganiom, jeżeli orzeczenie nie zasądzało wprost na zdziałanie czynności niedozwolonej. Orzeczenie sądu polubownego pozostawało w pełnej mocy, nawet w przypadku jaskrawego naruszenia ustawy, — jeżeli tylko dla stron było rzeczą ważniejszą, aby usunąć się ze sfery obowiązywania niektórych przepisów państwowych, niż to, aby w poszczególnym przypadku zwyciężyć przed sądem koronnym. Tak samo było też w przypadku, gdy pokrzywdzony musiał zaniechać zaskarżenia wyroku, gdyż naraziłby się — wnosząc skargę — na zbyt dotkliwe niekorzyści gospodarcze*".

Oczywiście chodziło o wypływ tego samego ducha *manchesteryzmu*, który nie pozwalał badać pobudek czynności ludzkich, szanując „*sumienie pośredników przy brudnych interesach, szulerów, ażioterów i właścicieli domów publicznych*"[5]).

Zadaniem dalszych uwag będzie, przyjrzeć się pewnym wybranym zagadnieniom z zakresu prywatnego arbitrażu, pod kątem widzenia niektórych problemów i potrzeb społecznych dnia dzisiejszego. Zamierzamy przy tym wychylić się poza krąg często powtarzanych (słusznych zresztą) refleksyj o sądach polubownych, chwalących je za szybkość i za taniość, za facho-

---

[2]) Dane historyczne według **Bornhaka**, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, XXX, 1902, str. 17. 26 n.

[3]) Por. jeszcze **Kohler**, Processrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, 1894, str. 145, uw. 33. Ciekawe przytoczenia z średniowiecznych statutów włoskich.

[4]) Entwurf einer Zivilprozessordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1931, str. 389.

[5]) **Ripert**, La règle morale dans les obligations civiles, 1935, str. 63; **Menger**, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1904, str. 29 n. (o procesie cywilnym); **Zani**, La mala fede nel processo civile, 1931, 67 n.

wość, poufność i za utrzymywanie łączności w międzynarodowym obrocie handlowym[6]).

Przypatrzymy się takim, zaniedbanym potrosze, zagadnieniom:

a). Roli prawnej przymusu gospodarczego, który wiedzie niekiedy do umowy o sąd polubowny.

b). Zaletom i gorszym stronom orzekania według słuszności w sądach polubownych.

c). Sprawie owych dobrych obyczajów, których przestrzegania żąda państwo od sądów polubownych.

d). W końcu zatrzymamy się przy zagadnieniu tzw. (potocznie) symulacji postępowania polubownego. — Skoro zaś jest okazja ku temu, przedstawimy w związku z ową symulacją kilka myśli z zakresu *„podstępu w procesie"*, któremu Allerhand poświęcił przed laty monografię, najbardziej — jak dotąd — w literaturze przedmiotu, konsekwentną i wyczerpującą[7]).

---

[6]) Por. np. zamiast wielu innych, J. M. **Rosenberg**, Kodeks sądów polubownych, 1933, str. 13.

[7]) Nie chodzi tu o „jubileuszowy komplement", lecz o fakty. Piśmiennictwo monograficzne dotyczące tzw. procesu symulowanego przedstawiało się w chwili wydania książki **Allerhanda** p. t. „Podstęp w procesie" (1907), jak następuje: **Kohler** poświęcił temu zagadnieniu część swej pionierskiej pracy „Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess", w Archiv für zivilistische Praxis, LXXX, 1893, str. 141, n. — **Kohler** pragnie chronić partnera procesu symulowanego, przyznając mu możność skutecznego wytoczenia powództwa opozycyjnego. Tę myśl, którą uważam w zasadzie za trafną, podjął **Sintenis** w rozprawie „Der simulierte Prozess", Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, XXX, 1902, str. 358 n. Wobec obu tych pisarzy jest **Allerhand** zupełnie samodzielny. (Podstęp w procesie, str. 77 n.), głosząc teorię **absolutnej nieważności** wyroku zapadłego w tzw. procesie symulowanym.

Obfitszą literaturę specjalną, dotyczącą symulacji procesu, przynoszą dopiero lata **powojenne**. Należy tu artykuł **Lipariego**, Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato, Rivista di diritto processuale civile, I 1, 1924, str. 182 n., oraz następujące książki: **Lipari**, Il dolo processuale, Palermo, 1926; — **Guarneri Citati**, Il dolo processuale bilaterale, Messina, 1928; — **Costa**, Il dolo processuale in tema civile e penale, Torino, 1930; — **Cortesia di Serego**, Il processo senza lite, Padova, 1930; — **Zani**, La mala fede nel processo civile, Roma, 1931; — **Guidi**, Il dolo processuale civile, Roma, 1933. — Z literatury włoskiej poświęcili naszemu zagadnieniu jeszcze pewne uwagi — **Liebman**, w monografii o powództwie opozycyjnym, p. t. „Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione, 2 wyd., Roma, 1936, str. 216 n. — oraz **Butero**, Della simulazione nei negozi giuridici, Roma, 1936, szczeg. str. 127 n.

Włosi omawiają dokładnie zagadnienie środków odwoławczych w procesie symulowanym, wznowienia i opozycji trzeciego (tierce opposition, opposizione di terzo). (Patrz o tym **Allerhand**, str. 69 n.). Natomiast w najtrudniejszej kwestii, a mianowicie w sprawie **obrony partnera procesu symulowanego** przed nadużyciem wyroku, zajmują stanowisko zupełnie negatywne, nie odpowiadające potrzebom życia — odmawiając pokrzywdzonemu partnerowi wszelkiej obrony (Por. **Lipari** Rivista, str. 189; — **Guarneri-Citati**, str. 37; — **Costa**, str. 27 n., 30; — **Serego**, str. 61—98. szczeg. str. 85; — **Zani**, str. 284, 320; — **Liebman**, str. 216; — **Butero**, str. 127; — Guidi, str. 87). Wyników czysto negatywnych nie mo-

Z rozważań o blaskach i cieniach sądownictwa polubownego — wyłonią się znaki graniczne, kamienie milowe interwencji społecznej (państwowej) w zakresie arbitrażu prywatnego. Chodzi oczywiście tylko o naszkicowanie konturów. Wywody szczegółowe wymagałyby całej książki.

I jeszcze jedno. Chcielibyśmy uniknąć nieporozumień. Mimo, iż instytucja sądów polubownych budzi niekiedy wątpliwości[8]), nie można mieć zasadniczych zastrzeżeń w przypadku poddania tej lub owej sprawy, a nawet wielu spraw rozpoznaniu sądów polubownych. Szczególnie gdy chodzi o procesy pomiędzy równymi ekonomicznie osobami jednego zawodu. — Uwagi poniższe, (o ile w nich mowa o „cieniach"), dotyczą zatem przede wszystkim sądownictwa polubownego, jako zjawiska masowego. Tylko w tym przypadku moglibyśmy poważnie mówić, jak to czyni uczony szwajcarski, Fehr[9]) o rozwielmożnieniu się sądów polubownych, jako o „ucieczce od państwa". Nie wydaje się, aby w naszych stosunkach istniała owa ucieczka w większych rozmiarach. W każdym razie nie można wyłączyć, iż są takie tendencje, spowodowane w praktyce niezadowoleniem sfer gospodarczych ze sądów państwowych.

Istnieją też, jak zobaczymy, tendencje polityczne, sprzyjające sądom polubownym, rokujące im rozwój — być może — masowy. Mamy na myśli ustrój korporacyjny, rozumiejąc przez korporacje (w znaczeniu politycznym) ciała autonomiczne, skupiające pracodawców i pracowników określonej gałęzi gospodarki, być może nawet tworzące (przez swych przedstawicieli) *parlament* polityczny lub gospodarczy. Ta przychylność zwolenników ustroju korporacyjnego dla sądownictwa polubownego (cywilnego) istnieje swoją drogą, raczej w teorii. Korporacje mają być ostoją państwa autorytatywnego (Włochy, Austria z lat ostatnich), które — jak zobaczymy —

żemy uważać za zadowalające. (Por. tak samo negatywne orzeczenie Sądu Najwyższego z 4-go lutego 1936, C II 2220/36, PPA, Nr 198/1936).

Nie udała się również próba rozwiązania, którą przedsięwziął **portugalski** pisarz Paulo A. V. **Cunha,** w książce „Simulacao processual e anulacao do caso juldago", Lisboa, 1935. — (Według tego autora wyrok w procesie o ubezskutecznienie wyroku symulowanego ma być przyczyną wznowienia poprzedniego symulowanego postępowania! str. 296 n.). Wypada stwierdzić po tym przeglądzie, iż pełny i konsekwentny system można znaleść jedynie w dziele **Allerhanda.** Trzeba to uznać nawet w przypadku, gdy, jak autor niniejszych uwag, nie podziela się poglądów prof. **Allerhanda** na proces symulowany (niżej rozdział d). Dodamy, że symulacji **postępowania polubownego** poświęcił **Allerhand** cały wyczerpujący rozdział (str. 149 n.), podczas gdy w zacytowanej wyżej literaturze zagranicznej znaleźliśmy jedynie krótką wzmiankę o tym zagadnieniu w książce **Guarneri-Citati,** str. 28.

[8]) Np. **Pollak,** System des österreichischen Zivilprozessrechts, II, 1931, str. 772, wskazuje, że reforma austriackiej procedury cyw. uczyniła je niepotrzebnymi i zmniejszyła ich praktyczne znaczenie.

[9]) Cyt. w książce **Isaya,** Rechtnorm und Entscheidung, 1929, str. 180; — por. też **Rosenberg,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1931, str. 585.

niezbyt sprzyja jurysdykcji prywatnej. Równocześnie zaś korporacje miałyby służyć idei decentralizacji i pozbawić państwo, po części, władzy sędziowskiej. Ten rozdźwięk nie jest jednak zbyt kłopotliwy, jeżeli się zważy, że prawdziwego, autonomicznego ustroju korporacyjnego, niezależnego od aparatu państwowego, wcale dotąd nie ma[10]).

a) Wyzyskanie przewagi gospodarczej.

Można pod osłoną dymną sądu polubownego pokrzywdzić stronę ekonomicznie słabszą. Dotyczy to szczególnie przypadków, gdy wielkie ugrupowania kartelowe narzucają swym klientom zapis i sąd polubowny. Sąd polubowny bywa wtedy narzędziem dążeń do uzyskania przewagi gospodarczej. *„W ten sposób staje się rozpowszechnienie sądów polubownych ogniwem w łańcuchu tępienia samodzielnego, odpowiedzialnego stanu średniego, złożonego z kupców i przemysłowców“*[11]).

Państwo stara się, słusznie, naprawić krzywdę. Projekt niemiecki z r. 1931 zawiera postanowienie (§ 738): *„Umowa o sąd polubowny jest bezskuteczna, jeżeli jedna ze stron wyzyskała swą przewagę gospodarczą lub społeczną, aby zmusić drugą stronę do zawarcia umowy albo też do przyjęcia postanowień, które zapewniają jej znaczną przewagę nad drugą stroną w postępowaniu, w szczególności odnośnie do mianowania lub wyłączania sędziów“*. — Ten przepis stał się ustawą z mocy noweli z r. 1933 (§ 1025, ust. 2 p. c. niem.) i obowiązuje od 1. stycznia 1934[12]) Na odcinku pracy zależnej wskazać należy na przepis art. 37 rozp. o sądach pracy, według którego strony mogą zawrzeć umowę o poddanie sądowi polubownemu — sporu, należącego do właściwości sądu pracy jedynie, jeżeli chodzi o spór już istniejący. Tylko w układzie zbiorowym można poddać pod rozstrzygnięcie polubowne również spory przyszłe. Bliższe unormowanie zawiera art. 26 ustawy o układach zbiorowych pracy.

Wskazujemy również na przepis austriackiej ustawy o umowie ubezpieczenia, według której nieważna jest umowa o poddanie sądowi polubownemu sporów z umowy o ubezpieczenie (§ 11 (1). Motywy[13]) wyraźnie zaznaczają, iż chodzi o ochronę strony

---

[10]) W szczególności nie ma mowy o swobodzie korporacyj we Włoszech. Por. H. **Heller**, Europa und der Fascismus, 1929, str. 112 n.; — **Pirou**, Le Corporatisme, 1936, str. 63. — Szczegóły ustroju podaje np. **Ermarth**, Theorie und Praxis des fascistisch-korporativen Staates, 1932, str. 87 n.

[11]) Por. **Nord**, Das Wesen des schiedsrichterlichen Amtes und des Schiedsspruchs, 1929, str. 5; — **Rosenberg**, l. c. str. 585: „Państwo powinno bronić stron przed wymuszonymi sądami polubownymi, które usuwają sądownictwo państwowe, nie dając w jego miejsce nic lepszego“.

[12]) Por. **Thomas**, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 1935, str. 18 n.

[13]) Erläuterungen zur Versicherungsordnung, 1915, str. 25 n.

słabszej. Prosty człowiek — powiadają — zwłaszcza na wsi, żeby nawet chciał, nie potrafi znaleźć odpowiedniego arbitra[14]).

Szlak dla interwencji państwa jest tutaj jasno wytyczony. „Dopóki istnieją silniejsi — zawsze po stronie słabszego".

Nasz kodeks nie ma wyraźnego przepisu na podobieństwo zacytowanego § 1025 proc. cyw. niem. Nasuwa się jednak zagadnienie, czy przepis niemiecki jest rzeczywiście nową normą, tworzącą prawo, czy też jest tylko deklaracją, stwierdzającą, dla przypadku sądu polubownego, zastosowanie ogólnej reguły, która obowiązywałaby nawet, gdyby nie było przepisu ustawy procesowej. Opowiadamy się za tym drugim rozwiązaniem. — Jakież jest położenie strony słabszej w przypadku zapisu, przy którym partner wyzyskał swą przewagę gospodarczą lub społeczną? Popada ona w zupełną zależność od drugiej strony umawiającej się. Strona słabsza jest *„skrępowana", „spętana"*[15]); ma zamknięty dostęp do sądu państwowego, sąd zaś polubowny składa się (w danym przypadku) z osób, które są wyrazicielami interesów przeciwnika.

Chodzi np. o następujące możliwości. Kontrahent poddaje się z góry sądowi polubownemu związku przemysłowców, którego to związku członkiem wcale nie jest. Musiał tak uczynić, bo inaczej monopolistyczny związek nie byłby zawarł z nim umowy, która rozstrzyga o losach jego przedsiębiorstwa. Albo — umówiono sąd polubowny, który składa się z czterech członków związku (partner pokrzywdzony jest w stosunku do tego związku *outsiderem*), tylko zaś superarbiter jest obcy. Zachodzi poważna obawa, że wyrok będzie miał charakter precedensu dla spraw innych członków tego związku i odpowiednio wypadnie[16]). Albo — co się już rzadziej zdarza — ktoś poddał się sądowi polubownemu, którego skład ma określić w całości strona przeciwna[17]). Te momenty skrępowania, oddania partnera na łaskę i niełaskę przeciwnika, mogą, zd. m. uzasadnić zarzut, że umowa jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i jako taka, nieważna.

Sprawa, jak oceniać umowę o sąd polubowny, mianowicie, czy uważać ją za umowę prawa prywatnego[18]), czy też za umo-

---

[14]) Inaczej jest, jeżeli chodzi o oznaczenie wysokości szkody. Por. Motywy, str. 26; — Alb. **Ehrenzweig**, Die Rechtsordnung der Vertragsversicherung, 1929, str. 54 n.; § 64 ustawy niemieckiej. **Allerhand**, Przepisy procesowe austr. ustawy o umowie ubezpieczenia, 1932, str. 3 n.

[15]) Niemieckie „Knebelungsverträge". Por. **Bauer-Mengelberg**, , Knebelungsverträge, 1931, str. 38 n.; — **Hedemann**, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, str. 75 n.; — Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB, I, 1929, str. 220; — **Staudinger-Riezler**, Kommentar zum BGB, I, str. 577.

[16]) Por. **Baumbach**, Das privatrechtliche Schiedsverfahren, 1931, str. 42.

[17]) **Kohler**, 1. c., str. 197.

[18]) Tak np. **Pollak**, 1. c., II, str. 775; — **Satta**, Contributo alla dottrina dell' arbitrato, 1931, str. 43 n., który (niesłusznie) zaprzecza, jakoby w ogóle istniały umowy procesowe.

wę procesową[19]), jest obojętna dla naszego zagadnienia. Nieważność w przypadku naruszenia dobrych obyczajów dotyczy niewątpliwie także tzw. *umów procesowych*. Dobre obyczaje wiążą tu nie z „mocy prawa materialnego, ale jako szranki zakreślone wszelkiej autonomii jednostek"[20]).

Powszechnie przyjęty jest pogląd, iż sama strona ani jej zastępca ustawowy nie mogą być sędzią polubownym we własnej sprawie[21]). Byłby to również rodzaj umowy, oddającej partnera spętanego w niewolę drugiej strony.

b) Prawo państwowe czy słuszność?

Dalsze zagadnienia, to sprawa zastosowania prawa państwowego przed sądem polubownym. — Według art. 503 § 1 Kpc. strona może żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli *„rozstrzygnięcie o żądaniach stron nie jest zrozumiałe, zawiera sprzeczności, przekracza granice zapisu, albo treścią swą ubliża porządkowi publicznemu lub dobrym obyczajom"*. — Wynika z tego, zd. m., zupełnie jasno, że w zasadzie sąd polubowny nie musi trzymać się prawa państwowego. Wyrok ulegnie uchyleniu na skutek skargi tylko w przypadku, jeżeli jego treść narusza normy stanowiące kościec polityczny lub społeczny budowy państwa *(porządek publiczny)*, albo też pozostaje w sprzeczności z powszechnie przyjętymi poglądami na to, czy określone zachowanie się odpowiada zachowaniu się zupełnie przeciętnego przyzwoitego człowieka *(dobre obyczaje)*[22]).

Oczywiście wyrok będzie uchylony także wtedy, gdy w zapisie postanowiono, iż sąd polubowny ma orzec według prawa pozytywnego (polskiego lub obcego; w ostatnim przypadku zawsze z zastrzeżeniem klauzuli porządku publicznego), a sąd polubowny nie zastosował tego prawa. Wtedy rozstrzygnięcie *przekracza granice zapisu*. Wydaje się to jasne. Jeżeli strony umawiają się o rozstrzygnięcie sporu, np. według działu II, rozdziału IV Kz. — nie można (w ramach zapisu) orzec *„ex aequo et bono"*. Inna rzecz, że w przypadku, jeśliby sąd polubowny przyjął wprawdzie za podstawę rozstrzygnięcia prawo po-

---

[19]) Ten pogląd wydaje się słuszny. Przekonywająco: **Stein-Jonas**, Kommentar zur ZPO, 13 wyd., str. 1027; — **Allerhand**, Polska Procedura Cywilna, Projekty referentów, 1928, II, str. 174; — **Gołąb—Wusatowski**, Kodeks sądów polubownych, 1933, str. 22; — **Fenichel**, Polskie prawo cywilne i procesowe, 1936, str. 870 n.; — **Sperl**, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, I 3, 1930, str. 782, który podaje dalszą doktrynę.

[20]) **Schiedermair**, Vereinbarungen im Zivilprozess, 1935, str. 145; por. **Kuratowski**, Sądownictwo polubowne, Rocznik Prawniczy Wileński, 1931, str. 185.

[21]) **Kuratowski**, 1. c., str. 91; **Baumbach**, 1. c., str. 42; **Kohler**, 1. c., str. 196, który wspomina o takiej klauzuli w umowach o pracę, w kontraktach scenicznych itd. **Garsonnet—Cezar—Bru**, 1. c., VIII, str. 257.

[22]) O pojęciu dobrych obyczajów: Seweryn **Rosmarin**, Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw. Konkubinat. Studia nad zagadnieniami dobrych obyczajów w prawie prywatnym, Tom I, 1938, w szczeg. str. 116.

zytywne (przyjmujemy, że zapis zobowiązuje sąd do tego), ale mylnie je zastosował lub wyłożył — niema możliwości uchylenia wyroku sądu polubownego z tej przyczyny[23]). Tak więc zagadnienie, czy sąd polubowny musi (gdy zapis o tym milczy) stosować prawo pozytywne, czy też może orzec według zasad słuszności, rozwiązuje się w prawie polskim na korzyść wyroku ex aequo et bono[24]). Niema przeszkód w art. 502 Kpc. iżby takiemu wyrokowi nadano klauzulę wykonalności. Sprawa traci zresztą na znaczeniu na skutek przepisu art. 498 p. 5 Kpc.: zapis uwalnia z reguły od przytaczania powodów, którymi kierował się sąd polubowny przy wydawaniu wyroku[25]).

Musimy zatem liczyć się z ważnymi wyrokami sądów polubownych, uznającymi np., że ustna poręka wiąże *„porządnego człowieka“;* że ważne jest przyrzeczenie darowizny mimo, iż nie spisano aktu notarialnego; że można przenieść własność nieruchomości bez aktu notarialnego; że umowa przedwstępna obowiązuje do zawarcia umowy przyrzeczonej, choćby nawet nie zachowano formy owej umowy przyrzeczonej. Można stanąć w obliczu skutecznych wyroków sądu polubownego, którymi nie uwzględniono przedawnienia według ustawy zupełnie uzasadnionego, dopuszczono kompenzatę poza przepisami kodeksu itd.[26]).

System polski podobny jest do unormowania niemieckiego. Granice ważności wyroku wytaczają nie normy prawa państwowego, lecz jedynie dobre obyczaje i porządek publiczny[27]). System ten odcina się wyraźnie od unormowania francuskiego i włoskiego. Tu sędzia polubowny musi stosować prawo państwowe. Ale tzw. *„amiables compositeurs“*,

---

[23]) Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z 6 maja 1936, C I. 1914 35 OSP, XVI, 1937, Nr 150 z glosą **Kuratowskiego** i orzeczenie Sądu Najwyższego z 8 lutego 1937, C III 124 35, Zb. urz. Nr 44/38.

[24]) W wyroku z 22 października 1935, C II 984 35, OSP, XV, Nr 538, powiada Sąd Najwyższy, iż sądy polubowne orzekają „według ogólnych zasad słuszności i praktyki uczciwego obrotu“. **Allerhand**, Polska Procedura Cywilna, j. w., str. 210, wypowiada zapatrywanie, iż „nie jest potrzebny wyraźny przepis w ustawie, że sędziowie polubowni sądzić mają na podstawie słuszności lub sumienia (tak art. 1387 UPC). Wystarczy przepis, iż orzeczenie nie może pozostawać w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami“. Za wyraźnym unormowaniem **Kuratowski**, 1 c., str. 145.

[25]) Brak powodów wzmaga, zdaniem niektórych autorów, powagę wyroku sądu polubownego, bo usuwa sprawę z pod dyskusji. To też „głowy koronowane“ niechętnie uzasadniają orzeczenia arbitrażowe w zakresie prawa międzynarodowego publicznego. Por. **Politis**, La Justice internationale, 1924, str. 87.

[26]) **Garsonnet—Cézar—Bru**, 1. c., VIII, str. 544.

[27]) Por. np. Staff, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, 1926, str. 225 n.; **Baumbach**, 1. c., str. 134, 161; **Satta**, 1. c., str. 76 n.; inaczej np. **Stein—Jonas**, 1. c., str. 1064; **Isay**, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, str. 180; **Rosenberg**, 1. c., str. 586, który twierdzi, że sąd polubowny podlega ustawom, „bo według czego innego mógłby orzekać“.

„amichevoli compositori“ mogą z upoważnienia stron orzekać, nie troszcząc się o normy prawa państwowego[28]).

Drugi biegun to prawo angielskie. Tutaj sędzia koronny przysięga: *„wymierzać prawo każdemu według ustaw i zwyczajów tego królestwa bez trwogi i bez stronniczości, przychylności lub złej woli“*. — *„Prawa i zwyczaje królestwa“* wiążą tak samo sędziego polubownego, jak i sędziego koronnego[29]).

188 n. Szczegóły **Kuratowski**, 1. c., str. 147 n.; **Curti** Englands Privat- und Handelsrecht, II, 1927, str. 380.

Prawo austriackie żąda, aby orzeczenie sądu polubownego nie wykraczało *„przeciw przepisom prawnym bezwzględnie obowiązującym“*[30]). — Niektórzy twierdzili, iż sąd polubowny ma stosować nie tylko prawo bezwzględnie obowiązujące, ale w ogóle ma trzymać się prawa państwowego. Zarazem dodawali jednak: *„Ta myśl jest jak najbardziej oddalona od poglądów laika“*[31]). Inni znów uważali, że sędzia polubowny ma orzekać według prawa pozytywnego, wskazanego normami kolizyjnymi państwa, w którym odbywa się arbitraż. Sąd polubowny mógłby orzekać według słuszności tylko, gdyby obie strony na to zezwoliły lub tego zażądały[32]).

Z podanych wyżej przykładów widać, do czego mogą zawieść sądy polubowne. (Nie powiadamy, iż rzeczywiście zawsze wiodą). Mogą stworzyć system prawa zupełnie inny od prawa państwowego. — „Niektórzy uważają kodeks cywilny za wcale średnią ustawę“. „Wolą oni, gdy rozumni ludzie orzekną według słuszności“[33]). W ten sposób mogą sądy polubowne stać się ujściem dla wszystkich niezadowolonych z normy państwowej. Więcej jeszcze, mogą być wyrazem *„prawa grupy społecznej“*, które — jak wiadomo — bywa często różne od prawa państwa. Nie jest to rzecz całkiem bezpieczna. Przy kodyfikacji, przy ustaleniu prawa państwowego ustawodawca dokonał pewnego wyboru, przyjął pewne normy społeczne (etyczne, gospodarcze) za swoje, inne odrzucił. W przypadku rozstrzygania według *„słuszności“* (czy też według prawa grupy), jednostki stają ponad tą decyzją, ponad *„odważeniem“* dokonanym przez prawodawcę. Tworzą nowy zakon: kupców, robotników, gospodarzy rolnych, właścicieli winnic, piwowarów, zdunów... Jakże oceniać tę niejednolitość prawa? —

---

[28]) **Garsonnet—Cézar—Bru**, 1. c., VIII, str. 543 n.; **Japiot**, Traité élémentaire de procedure civile, 1935, str. 632; **Mortara**, Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, III. 1923, str. 157; **Satta**, 1. c., str. 171 n.

[29]) William A. **Robson**, Justice and Administrative Law, 1928, str. 188 n. Szczegóły: **Kuratowski**, 1 c. str. 147 n.; **Curti** Englands Privat- und Handelsrecht, II, 1927 str. 380.

[30]) O tym dosyć niejasnym pojęciu por. **Materialien** zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen, II, 1897, str. 330; — **Neumann**, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, I, 1927, str. 349 n.; II, 1928, str. 1496.

[31]) **Pollak**, 1. c., II, str. 774.

[32]) Pogląd, jak widać, zgoła odwrotny, niż przedstawiony w tekście dla prawa polskiego; — **Sperl**, 1. c., I/3, str. 803 n.

[33]) **Baumbach**, 1. c., str. 98.

Rzecz prosta, że taki *„pluralizm“* w życiu prawnym, takie zatomizowanie społeczeństwa, mało będzie się podobało tworom państwowym totalnym. (Przypominamy też to, co powiedzieliśmy już na wstępie o *państwie policyjnym*). Z tego punktu obserwacyjnego widać wyraźnie istotny sens postanowień prawa procesowego sowieckiego o sądach polubownych. Sędzia ludowy wyda na podstawie orzeczenia sądu polubownego wyrok wykonawczy, jeżeli przekona się, iż orzeczenie sądu polubownego nie sprzeciwia się ustawom. „Ten warunek powstrzyma zapewne strony burżuazyjne od rejestracji umów o sądy polubowne, gdyż badanie wyroku sądu polubownego z punktu widzenia ustaw sowieckich uczyniłoby w wielu przypadkach postępowanie przed sądem polubownym zbędnym“[34]). Niechęć ustawodawcy sowieckiego do sądów polubownych ujawniła się również w ten sposób, iż nawet w przypadku, gdy strony poddały spory rozstrzygnięciu sądów polubownych, nie tracą one mimo to możliwości skierowania sprawy na drogę postępowania przed sądem państwowym. Innymi słowy: umowa o sąd polubowny wiąże tylko w przypadku, gdy strony chcą jej dotrzymać...

Ale nie trzeba być *„totalistą“*, żeby obok dobrych stron ujrzeć i cienie zwolnienia od prawa państwowego. Co dobrego jest w owych rządach *„aequitas“?* — To, że normy społeczne, nie bronione w zasadzie przymusem, normy niejako drugorzędne, zwyczaje, przepisy kulancji, taktu, etyki zawodowej, otrzymują sankcję państwową — skoro wyrok na nich oparty jest wykonalny. Już Eugeniusz Ehrlich zauważył, iż różne rodzaje sądów polubownych, orzekające *„wyłącznie na podstawie norm moralności, obyczaju, honoru, dobrego tonu“*, roztaczają *„płodną i co raz bardziej rosnącą działalność“*[35]). Ale czy zawsze tak płodną? I dla kogo?

Można tylko cieszyć się, jeżeli np. kupcy potrafią załatwiać

---

[34]) **Hanfmann**, Der Zivilprozess, w **„Das Recht Sowjetrusslands“**, herausgegeben von **Maklezow, Timaschew, Alexejew, Sawadsky**, 1925, str. 448.

[35]) **Ehrlich**, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, str. 105 106. Nie zawsze natomiast pożądane jest wnikanie **norm religijnych**, co dzieje się przede wszystkim drogą **sądów rabinackich**. Tutaj nie obchodzi się bez pewnego nacisku na jednostkę, która chąc nie chcąc, wierząc czy nie wierząc, musi poddać się sądowi polubownemu. Skoro mowa o normach religijnych, należy podkreślić trafność wyroku Sądu Najwyższego z 30 kwietnia 1935, C II 53 35, OSP, XV, 1936, Nr 148, którym uznano, iż żądanie sędziów polubownych, aby jedna ze stron złożyła **przysięgę przed nimi,** nie zaś przed sądem państwowym, uzasadnia uchylenie wyroku. (Tak też dla **prawa niemieckiego: Staff,** 1. c., str. 191). — Przysięga przed sądem polubownym (szczególnie przy odpowiednim ceremoniale) wytworzyłaby jakiś cywilny sąd kapturowy... Jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli prywatni ludzie, dla prywatnych celów, posługują się sposobami, angażującymi sumienie innych. Przypominamy orzecznictwo, które uznaje, że **sprzeczna z dobrymi obyczajami jest umowa utwierdzona słowem honoru.** — (**Bauer-Mengelberg,** 1. c., str. 64; — **Pfannkuch,** Das ehrenwörtliche Versprechen als Bestärkungsmittel, 1926, str. 16 n.).

swe spory bez puszczenia w ruch aparatu państwowego, ba, bez grożenia sobie co chwila paragrafem[36]). Widzieliśmy jednak, że udział w sądach polubownych dobry jest tylko dla partnerów gospodarczo równych. Zresztą tylko tacy partnerzy mają wspólne zwyczaje czy obyczaje. Tak być musi. Inny jest takt, inna kulancja głodnego, inna znów sytego. Sąd polubowny, przed którym załatwiają swe spory dwaj *„grosiści"*, nie budzi wiele wątpliwości. Sąd grosistów narzucony detaliście i orzekający według *„zwyczajów"* grosistów, może detaliście łatwo wydać się sądem *wyjątkowym.* (Tu mowa jest o materialnej stronie, o treści wyroku; o przymusie ekonomicznym przy sporządzaniu zapisu była już mowa wyżej.) Stąd znowu pewna zupełnie zdrowa fala powrotna: pęd do sądów państwowych — i mniej czysta fala: procesów o uchylenie wyroków sądowych polubownych.

Sprawa oceny skutków sądownictwa polubownego może łączyć się ze sprawą ogólniejszą: z oceną modnego „ustroju korporacyjnego"[37]). — Wystarczy otworzyć którąś z książek o ustroju korporacyjnym, aby dowiedzieć się, że *„służba publiczna"* wymiaru sprawiedliwości przejdzie z czasem z rąk państwa w ręce korporacji. Wymiar sprawiedliwości ma zatem powrócić do pierwotnych swoich pieleszy... Przecież naprzód było sądownictwo polubowne, potem dopiero przyszła władza sądowa państwa[38]). Autor rumuński zapowiada *„generalizację"* sądów polubownych, rozciągnięcie ich na wszystkie gałęzie gospodarki narodowej[39]).

Inny znów pisarz propaguje obligatoryjne instancje pojednawcze — z odwołaniem do sądów państwowych. Nie wie, widać, o złych wynikach *jednania* w procesie cywilnym[40]). Otóż o sądach polubownych prawa prywatnego (o nich tylko mowa) związanych (po części już dzisiaj) z korporacjami gospodarczymi, można powiedzieć to, co w ogóle o *korporacjoniźmie.* Pomiędzy poszczególnymi grupami zawodowymi niema wspólności interesów[41]). Co ważniejsze jednak — jeżeli korporacja ma skupiać wszystkich, którzy współpracują w danym zawodzie, w danej gałęzi gospodarstwa narodowego, a więc pracodawców i pracowników, nieuchronnie przewagę osiągną silniejsi ekonomicznie: pracodawcy. Dlatego też robotnik skłonny jest mniemać, że korporacja rozbija jego *„syndykaty"*, że rozproszkowuje jedność klasy na grupy zawodowe, że jest instrumentem dyktatury[42]).

---

[36]) **Ehrlich**, 1. c., str. 46.

[37]) Określenie korporacji — patrz na wstępie tych uwag.

[38]) **Renard**, Le droit, la Justice et la Volonté, 1924, str. 32 n.; — **Politis**, 1. c., str. 8 n.; **Serego**, 1. c., str. 5 n. i przede wszystkim piękny odczyt prof. St. **Wróblewskiego**, Sądy polubowne w historii prawa, 1928, str. 3 n.

[39]) **Manoilesco**, Le siècle du corporatisme, 1934, str. 280 n.

[40]) **Heinrich**, Das Ständewesen, 1934, str. 205 n.

[41]) Por. **Klein**, Pro futuro, 1891, str. 108 n.

[42]) Por. bardzo trafne wywody **Kelsena**, Vom Wessen und Wert der Demokratie, 1929, str. 47 n.

Prawdopodobieństwo należytego ukształtowania stosunków pomiędzy ludźmi należącymi do grup zawodowych o różnych interesach ekonomicznych jest większe, gdy *„superarbitrem“* jest państwo (sąd państwowy), lub przynajmniej gdy orzeka się przed sądem polubownym według prawa państwowego — niż w przypadku, gdy rozsądza sąd polubowny *„według słuszności“*. Nie inaczej jest oczywiście w przypadku, gdy rozbieżności ekonomiczne zachodzą pomiędzy członkami jednej korporacji (pracodawcami — robotnikami). Rozumiał to ustawodawca, który wyłączył przyszłe spory ze stosunku pracy z pod rozpoznania sądów polubownych[43])[44]).

Na przykładzie sowieckim widzieliśmy, że monopartia boi się prawa, którego nie ustanowiło państwo, identyczne z ową „jedyną partią“. Monopartia troszczy się o to, aby sąd polubowny nie stał się instrumentem walki politycznej. Takim otóż narzędziem mogą być sądy polubowne jeszcze w przypadku bojkotu politycznego pewnych urządzeń państwowych. Społeczeństwo podbite nie chce praw *„najeźdźcy“*, nie chce jego sądów, nie ma zaufania do jego ustaw, chce rozstrzygnięć według *„starego dobrego prawa“* — orzeczeń pochodzących od ludzi, którzy są krwią z jego krwi. Albo ciemiężona mniejszość bojkotuje wymiar *„sprawiedliwości“*, który wykonywa znienawidzona większość. Wtedy sądy polubowne włączają się jako ogniwo w łańcuch *„noncooperation“*; ciemiężeni przejmują w swe ręce wymiar sprawiedliwości, korzystając z form proceduralnych, które dali im do rozporządzenia — uciskający[45]).

Taka była np. polityka Sinn Feinerów w Irlandii. *Sinn Fein* znaczy: my sami, tj. bez Anglików. Głoszono nie tylko bojkot angielskich wyrobów przemysłowych, ale także bojkot parlamentu angielskiego i angielskiej administracji. W miejsce jej miała wstąpić irlandzka władza samorządowa, oparta na przymusie społecznym, nie państwowym. Twierdzą, że jednym ze sposobów, którymi Irlandia wywalczyła sobie dzisiejszy swój ustrój, było sparaliżowanie sądów państwowych angielskich i zastąpienie ich sądami polubownymi, pod przewodnictwem irlandzkich *„solicitors“*[46]).

Pozostaje jeszcze do omówienia sprawa przymusu społecznego przynaglającego do wykonania wyroku sądu polubownego.

---

[43]) Por. **Pirou**, l. c., str. 19, 57 n.

[44]) Świetny socjolog, **Max Weber**, Wirtschaft und Gesellschaft, 1925, str. 512, przestrzega słusznie przed mniemaniem, jakoby **„sądownictwo bezformalne“** dawało klasom nieposiadającym lepszą rękojmię sprawiedliwości.

[45]) Por. np. **Michels**, Le boycottage international, 1936, str. 83 n.

[46]) Por. **Dibelius**, England, I, 1923, str. 235. O bojkocie sądownictwa angielskiego w Indiach przez zwolenników Gandhiego por. n. p. **Muret**, Le crépuscule des nations blanches, 1925, str. 127; **Fülöp-Miller**, Lenin i Gandhi, 1929, str. 262 n. („Naród indyjski wypowiedział niejako kontrakt społeczny i wystąpił ze związku państwowego“, str. 278).

Zaznaczamy: chodzi nam w tym miejscu o przymus społeczny, nie zaś o egzekucję państwową (o niej będzie mowa w ostatnim rozdziale). Można sobie mianowicie wyobrazić taką sytuację. Ktoś źle wywiązuje się z swoich zobowiązań, „nałogowo“ nie płaci należności, przysądzonych wyrokami sądów państwowych, na podobieństwo Łaszcza, który kondemnatami dał sobie podbić delię. Mimo to jednak honoruje należności o których orzekł sąd polubowny. Mogą się na to składać różne okoliczności. Może ów dłużnik ma więcej zaufania do trafności wyroku — *„iudicium parium suorum“*. Ale najczęściej chyba będzie obawiał się tego, co Walter Nothnagel nazwał „egzekucją psychologiczną“; będzie lękał się reakcji grupy społecznej lub zrzeszenia gospodarczego w postaci „wyobcowania“ opornego dłużnika, umieszczenia na czarnej liście związków wierzycieli, bojkotu ekonomicznego, sankcyj kartelowych, usunięcia z klubu przy którym działa sąd polubowny[47]). Egzekucja „psychologiczna“ może być jedyną egzekucją, w przypadku, gdy naród bojkotuje wszelkie urządzenia wrogiego mu tworu państwowego, zatem nie tylko sądy koronne, lecz również państwowe organa egzekwujące. — Ta reakcja społeczna jest na ogół rzeczą dobrą; życzyćby sobie należało, aby jaknajwięcej wyroków wykonywano bez przymusu bezpośredniego. Jednak w przypadku sądów polubownych możnaby obawiać się przymusu wykonania takiego wyroku, który nie ostałby się przed sądem państwowym i, co za tym idzie, nacisku, aby wyroku sądu polubownego w ogóle nie zaskarżać do sądu państwowego. Jest to zresztą tylko prostym wynikiem zastosowania przy rozstrzyganiu sporu — normy, która nie jest normą państwową. Możnaby łatwo pogodzić się i z tym, gdyby owa reakcja grupy, „egzekucja prowadzona przez ugrupowania społeczne“ (Nothnagel) służyła zawsze dobrym celom. Możemy ostatecznie nie ganić jej, gdy chroni kredyt „czarnymi listami“. (Czarną listą jest także spis dłużników, którzy złożyli przysięgę wyjawienia majątku). Mniej natomiast zaufania budzi owa „egzekucja“, gdy domaga się płacenia „honorowych“ długów karcianych i zobowiązań z tytułu zakazanych interesów giełdowych. Brak zaufania ma następujący powód. „Egzekucja psychologiczna“ opiera się tutaj na przekonaniach, nadziejach i obawach drobnej grupy partykularnej. Cała problematyka długów „honorowych“, statutów klubowych, interesów dyferencyjnych pozostanie oczywiście obca przygniatającej większości pracującego społeczeństwa, tak jak większości tej obcy jest ów rodzaj honoru, którego broni się w pojedynku, a który traci się na skutek „jednostronnego protokołu“.

Jest rzeczą widoczną, iż reakcja „egzekwującej“ grupy partykularnej dotyczy tu raczej ochrony interesów ekonomicznych, niż etycznych. Można być poważanym członkiem klubu lub zrze-

[47]) Walther **Nothnagel**, Execution durch sociale Interessengruppen, 1899, szczeg. str. 34, 132, 141; **Ehrlich**, 1. c., str. 49 n.

szenia gospodarczego, będąc szubrawcem w życiu rodzinnym lub w ogóle płciowym. Reakcja „klubu“ nastąpi natychmiast niezawodnie, jeżeli kto nie wywiązuje się z pewnej kategorii zobowiązań.

Dodamy jeszcze, że wewnętrzny porządek klubu czy stowarzyszenia podlega niekiedy rozpoznaniu państwowych sądów cywilnych. Chodzi o spory z powództwa członka związku (stowarzyszenia, klubu) z żądaniem uznania, że bezprawnie usunięto go z owego związku; spory oparte nie tylko na naruszeniu form postępowania, ale na tym, iż postanowienie o usunięciu jest sprzeczne z słusznością i dobrymi obyczajami. Takiemu sporowi przyznają powszechnie i trafnie charakter sporu o prawo prywatne[48]). Oczywiście o słuszności usunięcia nie może orzekać sąd polubowny przy danym zrzeszeniu (każdy inny sąd polubowny — tak!), choćby nawet tak postanawiał zapis. W rozdziale pierwszym wymieniono już przyczyny, dla których umowa taka jest nieważna. Poddawałaby ona członka zrzeszenia jednostronnej i uprzedzonej jurysdykcji tych właśnie, którzy go usunęli.

c) Sprawa dobrych obyczajów.

Dalsze zagadnienie to sprawa oceny wyroku sądu polubownego według sprawdzianu dobrych obyczajów. Strony umawiające się o sąd polubowny pragną niekiedy arbitrażu, gdyż chcą tą drogą uzyskać wykonalność dla roszczeń, których nie można wyprocesować przed sądami państwowymi. Nie mówimy o zobowiązaniach niezupełnych, nie bronionych skargą. Tu rola sądu polubownego jest zupełnie jasna[49]). Skoro strona może ważnie uznać takie zobowiązanie, to można również z mocy umowy o sąd polubowny *„ex aequo“* przysądzić alimentację krewnemu dalszemu, któremu ona według ustawy nie przypada; można zasądzić pewną wierzytelność wyrokiem sądu polubownego mimo, iż, z naruszeniem prawa materialnego, oddalono już odnośne roszczenie, dochodzone przed sądem państwowym[50]). (Zdaję sobie sprawę, iż niektórzy będą w tej *superrewizji* widzieli zachwianie norm o powarze rzeczy osądzonej i tym samym *porządku publicznego.*) Równie oczywiście nie można utrzymać w mocy wyroku sądu polubownego, który zasądził roszczenie z tytułu przez ustawodawcę potępionego, np. z tytułu gry lub zapłaty za pokredytowane napoje alkoholowe. Tu dopiero, w przypadku roszczeń niezaskarżalnych dlatego, że je prawo potępia, dalej w przypadku naruszenia

---

[48]) U nas por. n. p. orz. Sądu Najw. z 14 września 1934, C III 90 34, O. S. P., XIV, 1935, Nr 280: **Anglia: Nothnagel,** 1. c., str. 215 n.; **Niemcy: Staudinger-Loewenfeld,** Kommentar zum B. G. B., 9 wyd., I, 1925, str. 229 n.; Kommentar der Reichsgerichtsräte zum B. G. B. 7 8 wyd. 1929, str. 62 n.; **Austria: Wolff** w kom. **Klanga,** I/1, 1933, str. 288.

[49]) Zastrzeżenia wypowiada **Baumbach,** 1. c., str. 45.

[50]) O samym zagadnieniu zobowiązania moralnego wynikającego z niesłusznego oddalenia powództwa, por. np. **Somerstein,** Problem zobowiązania moralnego, 1934, str. 151.

dobrych obyczajów i porządku publicznego, poczyna państwo „krępować“ sąd polubowny.

Jakie otóż przyjąć kryterium dobrych obyczajów? (art. 502 i 503 Kpc.). — Sprawa jest ważna, bo wiele wyroków sądów polubownych może runąć na skutek rozbieżności oceny dobrych obyczajów między sądem koronnym, a sądem polubownym. Nie będziemy tu przedstawiać teorii dobrych obyczajów. Uczyniliśmy to niedawno na innym miejscu[51])! Odwołaliśmy się tam (o czym była już mowa wyżej) do poglądów opinii publicznej na to, jak ma się zachować przeciętny *„przyzwoity człowiek“*. To kryterium obowiązuje także przy badaniu sprzeczności wyroku sądu polubownego z dobrymi obyczajami. Wyrok narusza dobre obyczaje, jeżeli treść jego nie da się pogodzić z powszechnie przyjętymi poglądami na zachowanie się przyzwoitego człowieka. Np., gdy sąd polubowny zasądza *pretium stupri* — naruszając zasadę, utrwaloną w opini publicznej, iż *„nie wolno sprzedawać ciała swego za pieniądze“*[52]).

Chodzi nam obecnie o skontrastowanie tego poglądu z innym, który wypowiedział niedawno Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 22 listopada 1937, Nr C II 1539/37[53]) powiada Sąd Najwyższy: „Ocena, czy pewien czyn odpowiada zasadom dobrych obyczajów, czy jest im przeciwny, należy do sądów powszechnych, które w tej mierze nie są bynajmniej związane poglądami panującymi w tych czy innych sferach społecznych, lecz pojęcie i zakres dobrych obyczajów same ustalać mogą, według swego rozumienia i w sposób dla społeczeństwa wiążący“.

Słuchajmy uważnie! Nie społeczeństwo samo decyduje o tym, co według przeciętnej oceny uważać należy za zgodne z zachowaniem się średniego człowieka przyzwoitego, nie rozstrzyga owo słynne *„przekonanie wszystkich sprawiedliwie i słusznie myślących“*. Rostrzygać ma, w sposób nie dający się przewidzieć z góry, ktoś, kto *ex cathedra*, według swego indywidualnego przekonania, tworzy prawo etyczne, *„w sposób dla społeczeństwa wiążący“*. — Tylko jak związać to społeczeństwo? — Jak narzucić ludziom normy, o których istnieniu dowiedzą się dopiero, wychodząc z sądu? —

Kto odrzuci tzw. *doktrynę socjologiczną* w zakresie dobrych obyczajów („opinia publiczna“ — „poczucie przyzwoitości wszystkich sprawiedliwie i słusznie myślących“), a przyjmie, że sędzia według swego rozumienia orzeka *„w sposób dla społeczeństwa wiążący“*, co to są owe dobre obyczaje[54]), wywoła zapewne

---

51) Seweryn **Rosmarin**, 1. c., str. 71—118.

52) O tych przeciętnych, standartowych ocenach: **Seweryn Rosmarin**, 1. c., str. 82 n. Tamże patrz o ocenie w przypadku **skłócenia opinii publicznej**, str. 116, 234 n.

53) „Nowa Palestra“, 1938, str. 227/28, (dotyczy pośrednictwa przy zawieraniu małżeństw).

54) O tej doktrynie por. np. **Kubes**, Smlouvy proti dobrym mravum, 1933, str. 107 n.; **Seweryn Rosmarin**, 1. c., str. 32 n.

dwa skutki — jeżeli chodzi o sądy polubowne. P o p i e r w s z e, ludzie poczną garnąć się do sądownictwa polubownego, aby sądzono ich według ich własnych dobrych obyczajów, a nie według obyczajów, które mają wiązać społeczeństwo — mimo, iż nie są jego obyczajami; wzrośnie zatem ilość sądów polubownych. I p o d r u g i e — co uzyskano przed sądem p o l u b o w n y m, łatwo będzie stracić przed sądem p a ń s t w o w y m, który uchyli wyrok z powodu sprzeczności z dobrymi obyczajami — t a k i m i, jak je pojmuje s ą d k o r o n n y. Oczywiście, jeżeli na prawdę będzie się jadło potrawę tak gorącą, jak ją Sąd Najwyższy zgotował... O czym jednak (na szczęście) wątpić należy[55]).

Dok. nast.

ADAM DANIEL SZCZYGIELSKI
Asystent Uniwers. J. Piłsudskiego.

Czek w znaczeniu ustawowym.

Obrót czekowy uregulowany jest na obszarze Rzeczypospolitej przepisami ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. (Dz. U. 37, poz. 283), z mocą obowiązującą od dnia 1 lipca 1936 r. Ustawa ta stanowi normę podstawową, która z zasady winna rządzić całokształtem wszelkich tranzakcyj czekowych, bez względu na typ i rodzaj czeku, o ile tylko ten ostatni wprowadzony został do obrotu po dniu 1 lipca 1936 r. na terenie Państwa Polskiego, i bez względu na formę tego wprowadzenia (wystawienie, indos, poręczenie itp.). Dzięki szczegółowemu rozbudowaniu zasad ustawy czekowej — opartej w założeniu na (uchwalonym w dniu 19 marca 1931 r. przez Międzynarodową Konferencję w Genewie) projekcie jednolitego, wzorcowego prawa czekowego — miała ona zgodnie z zamierzeniem projektodawcy (tj. Ministerstwa Sprawiedliwości) przyczynić się do udoskonalenia przepisów prawa czekowego, a tym samym do wzmożenia obrotu czekowego, i to obrotu zdrowego, mogącego oddać znaczne usługi polskiemu życiu gospodarczemu[1]).

Celem więc zarówno projektodawcy, jak i ustawodawcy

---

[55]) Nie wydaje się, aby dla poglądu Sądu Najwyższego można było znaleźć oparcie w art. 63 (2) konstytucji, według którego przez wymiar sprawiedliwości sądy **„kształtują poczucie prawne społeczeństwa"**. Po pierwsze **poczucie prawne** co innego, a **dobre obyczaje** co innego. A po drugie — chodzi o **„nieobowiązującą treść ustawy"**. Art. 64 (2) to nie norma, ale życzenie, czy opis pewnego stanu — tak, jak go widzi albo chce widzieć ustawodawca.

[1]) Uzasadnienie rządowe do projektu prawa czekowego, ogłoszone w druku sejmowym Nr 62 (Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja IV, sesja zwyczajna r. 1935/36) z dnia 21 lutego 1936 r.

było dążenie do prawidłowego uregulowania obrotu czekowego, którego niedomagania dały się poważnie odczuć praktyce życiowej na tle przeszło dziesięcioletniego okresu obowiązywania ustawy czekowej z 1924, wzorowanej na jednolitym regulaminie haskim. Ta tendencja prawidłowego uregulowania stosunków prawnych praktyki czekowej wyraźnie występuje we wszystkich momentach, w których ustawodawca uważał za stosowne przeprowadzić nowelizację dawnego prawa czekowego; tendencja ta wyczuć się da zarówno w zmianie dawnej dyspozycji art. 51 na nową art. 61, we wprowadzeniu zakazu postdatowania czeku (art. 28), jak i w szeregu innych, często drobnych stylistycznie, lecz ważkich — jeśli idzie o skutki prawne — zmian nowelizacyjnych. Porównanie zresztą całokształtu przepisów dawnej i nowej ustawy z punktu widzenia doktrynalnego — zarówno jeśli idzie o oparcie się na przyjętym przez nowe prawo systemie teoretycznym, jak i na skutkach prawnych oraz gospodarczych, jakie — siłą rzeczy — wprowadzić musiało w obrocie nowe prawo — pozwala nam wysnuć uzasadniony wniosek, iż dokonana zmiana prawna pomyślana była celowo, w kierunku uzdrowienia stosunków obrotu czekowego i jego jednolitej reglamentacji.

Przepisy nowego prawa — jako całość — obejmują swym zasięgiem dokumenty, będące czekiem w znaczeniu tej ustawy; aby posiadać przymiot ten — czek winien odpowiadać warunkom, jakie przepisuje ustawa w art. 1; brak bowiem choćby jednego z elementów wyliczonych w katalogu, zawartym w tym artykule[2]), powoduje niemożność uznania dokumentu za czek (art. 2 ust. 1). Złagodzeniem tego rygorystycznego przepisu są zasady stanowiące, iż w braku oznaczenia w treści czeku miejsca płatności lub miejsca wystawienia — w grę wchodzą domniemania prawne, wyszczególnione w art. 2 ust. 2—4. Porównanie tych dwóch podstawowych artykułów prawa czekowego pozwala nam ustalić elementy bezwzględne, konieczne dla uznania dokumentu za czek w rozumieniu prawa czekowego; brak jednego choćby z tych elementów powodować musi absolutną nieważność czeku. Na plan pierwszy — oprócz elementarnego warunku użycia w dokumencie nazwy *„czek“* w samym tekście, w języku, w jakim go wystawiono — wysuwa się ustawowy wymóg bezwarunkowego polecenia zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej (art. 1 p. 2).

[2]) Celowo w rozumowaniu tym opuszczamy zagadnienie tzw. „czeków in blanco“, jako opartych na całkowicie odrębnej konstrukcji prawnej, (art. 13 pr. czek.), i nie stanowiących normalnego typu zobowiązania czekowego.

Analiza tej zasadniczej cechy dokumentu czekowego[3]) zezwala na stworzenie obiektywnego kryterium, umożliwiającego bezsporne odróżnienie czeku w znaczeniu właściwym, uznanym przez prawo czekowe, od wszelkiego rodzaju innych dokumentów nazywanych lub oznaczonych przez praktykę obrotu mianem *„czeku"*.

Zadanie, jakie założyliśmy sobie w studium niniejszym, polega na zbadaniu kryterium z prawa polskiego wypływającego, a zezwalającego stwierdzić, jakie z dokumentów znanych w polskim obrocie gospodarczym i prawnym jako czeki, zasługują w rzeczywistości na tę nazwę i są czekami w rozumieniu polskiego prawa czekowego. Stwierdzenie to jest o tyle ważne z punktu widzenia prawnego, iż tylko do czeków, odpowiadających swą istotą zasadom prawa czekowego, stosuje się z kolei normy tego prawa; inne dokumenty, choć nazywane czekami i do czeków właściwych zbliżone, nie mogą korzystać z norm tego prawa specjalnego. — Ta selekcja czeków właściwych jest o tyle obecnie aktualna, iż w obrocie czekowym polskim panuje obecnie pewne pomieszanie pojęć, skutkujące stosowanie norm prawa czekowego również i do dokumentów nie będących czekami.

W poniższych naszych badaniach, opieramy się na analizie ustawowych wymogów, przepisanych przez prawo czekowe dla uznania dokumentu, jako czek. Jako założenie przyjmujemy, iż każdy dokument, wprowadzony pod nazwą czeku do obrotu prawnego, z zasady zawierać musi w treści swej nazwę *„czek"* oraz podpis osoby wystawiającej taki dokument; ciężar więc zagadnienia spoczywać musi na jednym z ustawowych wymogów art. 1 pr. czek., a mianowicie na bezwarunkowym poleceniu zapłacenia. Analiza tego wymogu pozwala nam w drodze eliminacji ustalić, jakie dokumenty uznać wolno za czeki właściwe, jakie natomiast czekami w znaczeniu ustawowym, nie są i być nie mogą.

Już pobieżne zbadanie tej ustawowej cechy, wykazuje istnienie następujących elementów składowych: 1-o bezwarunkowość polecenia, — 2-o zapłacenia, — 3-o określonej sumy pieniężnej. Zastanowić się więc z kolei wypada nad znaczeniem i zastosowaniem praktycznym tych, wyraźnie przez ustawę podkreślonych, wymogów prawnych.

1. — Bezwarunkowe polecenie zapłaty. Czek w rozumieniu prawa czekowego winien zawierać w swej treści polecenie zapłaty. Polecenie to z kolei musi być bezwarunkowe, a więc nie może być uzależnione od jakiegokolwiek warunku, mogącego wpłynąć na wstrzymanie lub zaniechanie zapłaty. Ta bezwarunkowość zapłaty — historycznie rzecz

---

[3]) **Rosenblüth, I.: „Prawo wekslowe i czekowe"**, Komentarz, Kraków, t. II, str. 956, nazywa ją „rdzeniem czeku"...

biorąc — jest recypowana z systemu prawa wekslowego, które również stanowi, iż nie wolno zapłaty weksla warunkować dodatkowymi oświadczeniami woli, lub uzależniać je od jakiegokolwiek warunku[4]); ta zasada — przez prawo wekslowe od dawna przyjęta[5]) — służy ustawowym zagwarantowaniem bezpieczeństwa obrotu, którego tak wygodnym instrumentem jest weksel. Wobec przyjętej przez prawo polskie *zasady abstrakcyjności zobowiązania wekslowego* — posiadacz weksla nie ma potrzeby badania woli zobowiązanego wekslowo, i musi mieć ugruntowaną pewność, iż zapłata sumy w treści wekslu ujawnionej dokonana zostanie bezwzględnie i bezwarunkowo; brak tej pewności zachwiałby poważnie zaufanie szerokich mas społeczeństwa do obrotu wekslowego, podważając jego istotne podstawy. Nadto — również wobec systemu abstrakcyjności — okoliczność posiadania wekslu przez osobę trzecią uniemożliwia rzeczywiste sprawdzenie woli zobowiązanego. Osoba trzecia, stająca się posiadaczem wekslu w dobrej wierze, winna być zwolniona od obowiązku dochodzenia i badania rzeczywistej woli zobowiązanego; dla niej musi być wystarczająca wola, ujawniona w wyraźnej, bezpośredniej i bezwarunkowej treści dokumentu wekslowego.

Te przesłanki w zupełności usprawiedliwiają, wytworzony w rozwoju prawa wekslowego, wymóg bezwarunkowości zobowiązania wekslowego. Słuszność przepisu prawa wekslowego nie była nigdy kwestionowana przez doktrynę ani też orzecznictwo; przeciwnie, z zasady uznawano, iż przyjęcie zasady przeciwnej podważyłoby element kredytu, ucieleśnieniem którego w obrocie handlowym stał się weksel.

O ile słuszne są powyższe argumenty na tle prawa wekslowego, o tyle słuszniejsze są jeszcze w zastosowaniu do prawa czekowego[6]). Pamiętać bowiem należy, iż w odróżnieniu od wekslu — istotą którego jest rozpiętość czasowa (a często i terytorialna) między momentem wystawienia a momentem zapłaty — przy czeku mamy do czynienia nie z instrumentem kredytu, lecz z instrumentem zapłaty. Z istoty czeku wynika, iż stanowi on nie odroczenie zapłaty w czasie, lecz służy do umorzenia zobowiązania przez samą zapłatę. Moment kredytowości winien być z czeku a limine usunięty[7]); jeżeli wbrew

---

[4]) Art. 1 p. 2 pr. weksl. polskiego 1936 r.

[5]) Por. także art. 11 ustawy wekslowej rosyjskiej z 1902 r., to samo także w art. 1 p. 2 polskiego pr. weksl. 1924 r.

[6]) **Wróblewski St.: „Prawo wekslowe i czekowe"**, Kraków 1936, str. 464; — **Namitkiewicz J.: „Podręcznik prawa handlowego, wekslowego i czekowego"**, Warszawa 1927, str. 458; **Rosenblüth I.: op. c.** str. 947.

[7]) **Kuratow M.: „Zasady ustaw czekowych"**, Warszawa 1907, str. 101: „Jeżeli czek ma być narzędziem płatniczych, to zasada... (bezwarunkowości polecenia zapłaty) a fortiori winna być przyjęta w prawie czekowym";

zasadzie tej nawet powstanie tego momentu leży w intencji wystawcy czeku, to ustawa swym wyraźnym przepisem kategorycznie przekreśla[8]) wszelką rozpiętość czasową między datą rzeczywistego wystawienia czeku a datą w której — zgodnie z wolą wystawcy — może być on przedstawiony do zapłaty; stąd też płynie ustawowy zakaz postdatowania czeków[9]).

Z tych też względów, i mając na widoku, iż czek jest środkiem zapłaty[10]), należy zagwarantować mu pełne

---

ten sam autor w pracy swojej p. t.: **„Projekt jednostajnego prawa czekowego“**, Warszawa 1912, powtarza swój pogląd dodając: „Zasada ta przyjęta została w prawie wekslowym i a fortiori powinna być zaaplikowana do czeków, jako narzędzi płatniczych, obiegowych i natychmiast płatnych“ (str. 12).

[8]) Art. 28 pr. czek. z r. 1936: „Czek jest płatny za okazaniem. Wszelką wzmiankę przeciwną uważa się za nienapisaną. Czek, przedstawiony do zapłaty przed dniem, wskazanym jako data wystawienia, jest płatny w dniu przedstawienia“.

[9]) **Uzas. rządowe** (por. wyżej odnośn. 1), wyraźnie stwierdza, iż nowelizacja prawa czekowego ma między innymi na celu „...stwierdzenie, że tzw. czek postdatowany jest płatny za okazaniem; przepis ten (art. 28), powinien skutecznie przyczynić się do usunięcia z obrotu czeków postdatowanych, których gospodarcza szkodliwość jest powszechnie uznawana...“.

[10]) **Wahl A.: Précis théoretique et pratique de droit commercial“, Paris 1922,** str. 740: „A la différence de la lettre de change et du billet à ordre, le chèque n‘a pas en tout cas pour but de vendre actuellement une créance ultérierement éxigable et de toucher ainsi par anticipation une somme à peu près égale à cette creance; comme il suppose des sommes disponibles, il est un instrument de retrait de ces sommes...“; **Bouteron I.: „Le chèque, théorie et pratique, Paris 1924,** str. 120; „Il semble que l‘on pourrait résumer dans la formule synthétique suivante les rapports de la lettre de change et du chèque. Primitivement, alors que la lettre de change n‘était guère qu‘une cédule de paiement, ces deux titres ne se distinguaient pas très nettement, mais aujourd‘hui leurs ressemblances sont presque uniquement extérieurs; leurs différences internes sont au contraire fondamentales: le chèque est un moyen paiement et de compensation; la lettre de change est un instrument de crédit, ce n‘est pas une monnaie actuelle, c‘est une monnaie différée“. — **Pavlicek A.: „Der Check“**, Wien 1898, str. 26: „Der Zweck und das Wesen des Checkverkehrs besteht in der Barzahlung durch Vermittlung eines andern ...also der Check ein Zahlungsmittel sei...“; — **Kuratow M.: „Projekt jednostajnego prawa czekowego“, Warszawa 1912,** str. 2: „...Weksel poczytujemy za zobowiązanie kredytowe, czek — za narzędzie płatnicze. Pierwszy służy kredytowi, drugi — uiszczeniu...“. **Namitkiewicz J.: „Podręcznik“**, Warszawa 1937, str. 459: „Czek jest narzędziem wycofania funduszów, środkiem zapłaty, a nie, jak weksel, narzędziem kredytu...“; — **Żabicki A.: „Prawo wekslowe i czekowe polskie i zagraniczne“**, Warszawa 1933, str. 223: „Czek jest środkiem płatniczym. Za pomocą czeku wystawca dysponuje, rozporządza złożoną (w banku) gotowizną... Czek nie jest, jak weksel, narzędziem kredytu, nie jest papierem obiegowym, lecz papierem kasowym...“; — **Namitkiewicz J.: „Zarys...“**, Warszawa 1934, str. 222: „Czek, w odróżnieniu od wekslu, nie jest narzędziem kredytu, nie jest papierem wycofania pieniędzy, jest on środkiem przeniesienia i kompensacji...“; — **Rosenblüth I.: op. c. str. 497:** „Czek nie jest instrumentem kredytu, lecz środkiem zapłaty...“; — **„Wróblewski St.: op. c.** str. 439: ...(przepisy)... przyjmują jako założenie, że czek nie powinien służyć celom kredytowym i dążą do stworzenia gwarancji, że nie będzie w obrocie pełnił funkcyj papieru kredytowego...“.

zaufanie obrotu; gwarancję tę uzyskamy, gdy — jako założenie naczelne — wprowadzimy ustawowy zakaz warunkowania zapłaty sumy czekowej. Zakaz taki wprowadziły ustawodawstwa czekowe, oparte na systemie przyjętym przez Konferencję Genewską, między nimi także prawo polskie (art. 1 p. 2); jednakże i prawa krajowe dawne, nawet, jeżeli wyraźnie nie stwierdzały w tekście ustawowym bezwzględnego zakazu warunkowania polecenia zapłaty — to jednak zasadę powyższą respektowały[11]), wychodząc z założenia, iż jest to zrozumiałe samo przez się, że polecenie zapłaty nie może być powiązane z warunkami lub świadczeniami wzajemnymi[12]), czy to ze strony trasata czy też legitymowanego posiadacza[13]). — Gdyby więc nawet ustawa polska nie wprowadziła wyraźnego i bezwzględnego zakazu warunkowania polecenia zapłaty sumy czekowej — to zasada ta wynikałaby zarówno z samej istoty czeku, jak i z szeregu dalszych przepisów prawnych, w szczególności dotyczących obiegu czeku (przepisy o indosie, przedstawieniu do zapłaty, proteście itp.) — istnienie których przeczy warunkowaniu polecenia. W oparciu się na powyższym należy dojść do uzasadnionego wniosku, iż zapłata czeku, będąca wykonaniem polecenia zawartego w treści czeku, nie może być zawisła w żadnym przypadku od jakichkolwiek wpływów czy to natury zewnętrznej, czy też wewnętrznej stosunku czekowego[14]).

Mówiąc o warunkowości polecenia czekowego, pamiętać jednak należy, iż nie odnosi się ono do wszystkich typów warunków. Te ostatnie bowiem podzielić możemy na: 1-o warunki dozwolone przez prawo, i 2-o pozostałe warunki. Absolutna bezwarunkowość polegałaby na zakazie umieszczania w treści czeku nawet warunków uznanych przez prawo za legalne lub też takich, które z istoty prawa tego wypływają *(conditiones iuris);* w rzeczywistości jednak sprawa nie przedstawia się tak rygorystycznie. Raczej dojść należy do wniosku, iż nie wszystkie warunki z zasady powodują unieważnienie dokumentu jako czeku;

---

[11]) Uzasadnienie ustawodawcze do dawnego niemieckiego prawa czekowego z 1908 r., które nie znało nakazu bezwarunkowości czeku, jednak wyraźnie stwierdza (na str. 16), iż... „dass die Zahlung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht worden oder an Bedingungen geknüpft werden darf, ist zwar nicht (wie in oesterreichischen Ges. § 2 Nr 5) ausdrücklich ausgesprochen, wird aber aus dem Wesen des Schecks gefolgert...“.

[12]) Stwierdza to **Żabicki A.: op. c.** str. 234, dodając: „W szczególności nie daje się pomyśleć czek jako taki, którego realizację wystawca uzależnił od dopełnienia warunku przez uprawnionego z czeku. Warunek przeto **unieważnia czek jako taki**“.

[13]) **Michaelis R.:** „Scheckgesetz“, Kommentar. Berlin 1927 § 1 uw. 3.

[14]) **Szczygielski A. D.:** „Zasady nowego polskiego prawa czekowego“ (Gazeta Sądowa Warszawska, 1936, Nr 37—38, str. 508).

odnosić się to będzie w pierwszym rzędzie do warunków istotnych i rzeczywistych, w ścisłym tego słowa znaczeniu. Te tylko bowiem warunki są nimi w swej istocie, i one tylko mogą w praktyce obrotu powodować, iż polecenie zapłaty sumy czekowej staje się iluzoryczne.

Zagadnienie powyższe było już aktualne podczas obrad Konferencji Haskiej, podczas której przeważyło zdanie, iż zastrzeżeń poczynionych w treści czeku, a uzależniających jego zapłatę od spełnienia przez posiadacza określonych czynności, dozwolonych lub nawet przepisanych przez ustawę, nie wolno uważać za warunki zakazane w myśl art. 1 ustawy. Pogląd ten znalazł również swe odbicie w doktrynie prawa polskiego, w szczególności zaś prof. St. Wróblewski wyraźnie podkreślił[15]), iż nieważność czeku nie zachodzi wyjątkowo wtedy, gdy pod formą warunku powtórzono jedynie przepis ustawy *(conditio iuris)*, lub jeżeli w formę warunku ujęto zastrzeżenie, dopuszczone przez prawo czekowe. W pozostałych przypadkach bez względu, czy jest to *warunek właściwy*, a więc uzależnienie polecenia zapłaty od ziszczenia się zdarzenia przyszłego i niepewnego (art. 46 § 1 K. Z.), czy też *warunek niewłaściwy*, gdy skuteczność oświadczenia woli uzależniona jest od zdarzenia przeszłego — z zasady warunek taki musi powodować nieważność danego dokumentu, jako czeku. Skuteczność więc prawna warunku występuje wtedy tylko, gdy powoduje ona częściowe lub całkowite pozbawienie mocy prawnej woli trasanta, wyrażającej się w poleceniu zapłaty oznaczonej sumy czekowej, względnie, gdy ogranicza zakres odpowiedzialności czekowej wystawcy.

Oprócz tego typu warunków, można w praktyce obrotu spotkać się z warunkami fantastycznymi, urojonymi lub nierealnymi; mogą też występować warunki niemożliwe ze względu na okoliczności przypadku, warunki przeciwne porządkowi publicznemu, ustawie lub dobrym obyczajom. W tych wszystkich przypadkach należy uważać warunek taki za niebyły (art. 49 K. Z.), a co za tym idzie — za nie mogący powodować żadnych skutków prawnych. Zachodzi jednak pytanie, czy warunek taki może czynić nieważne oświadczenie woli trasanta, co do polecenia zapłaty sumy czekowej, w przypadku, gdy przypuszczać należy, że bez dodania tego warunku oświadczenie to nie zostałoby złożone (art. 49 K. Z. in fine). Odpowiedź na pytanie to winna być negatywna, a to ze względu na to, iż przepis prawa czekowego zakazujący w ogóle warunku, jest przepisem prawa szczególnego w stosunku do podniesionej wyżej zasady prawa powszechnego; stąd też ewentualność, prze-

[15]) **Wróblewski St.: op. c., str. 443.**

widziana w zdaniu ostatnim art. 49 K. Z., nie może mieć zastosowania w przypadku wprowadzenia do treści czeku zastrzeżenia typu, o jakim wspomniano wyżej. Wobec zaś tego, że warunek taki — jako nie mogący się w ogóle ziścić — nie może wpłynąć na skuteczność oświadczenia woli trasanta, nie może on podważyć skuteczności zobowiązania czekowego, a warunek sam musi być uznany *„pro non scripto"*.

Na tle wyżej powiedzianego wolno nam wyprowadzić wniosek ogólny, iż z zasady zawsze wprowadzenie do treści czeku jakiegokolwiek warunku co do dokonania zapłaty sumy czekowej — powoduje całkowitą nieważność danego dokumentu jako czeku, w rozumieniu obowiązującego prawa czekowego. Nieważność taka nie występuje — wyjątkowo — o ile: 1-o warunek ten należy do typu zastrzeżeń przez ustawę przewidzianych lub też dozwolonych, a jedynie ubrany jest w formę warunku lub 2-o stanowi warunek fantastyczny, urojony lub nieistotny — uznany z mocy prawa za niebyły[16]). — Z tych też względów nie wolno — na tle obowiązującego prawa — uważać za czeki te wszystkie dokumenty w których polecenie zapłaty określonej sumy czekowej uwarunkowane jest niedozwolonymi zastrzeżeniami.

2. — Polecenie zapłaty. Ujawnione w treści czeku polecenie zapłaty stanowi *essentiale* zobowiązania czekowego[17]). Brak tego polecenia musi powodować bezwzględnie nieuznanie dokumentu jako czeku w znaczeniu prawa czekowego; takie same skutki powodować musi występowanie w treści czeku oświadczenia woli wystawcy innego rodzaju, niż polecenie.

Polecenie zapłaty ma to znaczenie, iż wystawca czeku, posiadając u bankiera odpowiedni fundusz czekowy, dysponuje nim w sposób dowolny; wystawca posiłkuje się przy tym osobą bankiera, uważając go jakby za swego kasjera, przechowywującego pieniądze pryncypała. Polecenie skierowane do trasata stanowi w swej istocie dyspozycję udzieloną bankierowi, nakazującą wyasygnowanie odpowiedniej sumy beneficjariuszowi czeku z funduszu wystawcy, znajdującego się u bankiera. W ten sposób wystawca nie przyrzeka beneficjariuszowi, iż on zapłaci sumę czekową, ani też nie obiecuje mu, iż suma zostanie zapłacona przez trasata — ale *sam płaci sumę czekową*, wystawiając czek. Zapłata bowiem

---

[16]) Szczygielski A. D.: op. c. („Gazeta Sądowa Warszawska" Nr 37—38/36, str. 511.

[17]) „Polecenie zapłaty" stanowi również kryterium obiektywne, odróżniające czek od innych dokumentów pokrewnych mu treścią lub formą. W czeku bowiem występuje polecenie zapłaty skierowane do bankiera, w wekslu ciągnionym — polecenie zapłaty skierowane do osoby trzeciej, w wekslu własnym — przyrzeczenie zapłaty, w banknocie — przyrzeczenie zamiany na pieniądz kruszcowy, w kwicie — potwierdzenie odbioru itp.

nastąpić musi przy wystawieniu czeku, natomiast czynności dalsze posiadają charakter czysto techniczny: uprawniony z czeku winien zgłosić się do trasata, który — opierając się na poleceniu w treści czeku zawartym — dokonywa czynności wyasygnowania odpowiedniej kwoty pieniężnej. Polecenie bowiem, zawarte w treści czeku, oznacza w swej istocie podwójne upoważnienie[18]): jedno polega na tym, iż trasat jest upoważniony do wypłacenia sumy czekowej, ze znajdującego się u niego pokrycia, posiadaczowi czeku, oraz drugie — iż posiadacz czeku jest upoważniony do odbioru od trasata powyższej sumy czekowej.

Na tle wyżej powiedzianego wyłania się kwestia, czy użyte przez ustawę wyrażenie *„polecenie zapłaty"* odpowiada w rzeczywistości zarówno założeniom teoretycznym, jak i okolicznościom faktycznym, wynikającym z praktyki obrotu czekowego, oraz: czy oddaje on całkowicie ten sens pojęciowy, jaki miał na celu ustawodawca, wprowadzając je do prawa obowiązującego. Zagadnienie to nie jest bynajmniej nowe na tle prawa polskiego, albowiem spory terminologiczne w przedmiocie *„polecenia zapłaty"* datują się jeszcze z epoki przedwojennej. Pamiętać bowiem należy, iż prawo austriackie z 1906[19]) r. używało terminologii: *„...Aufforderung des Ausstellers, aus seinem Guthaben eine bestimmte Geldsumme zu zahlen..."*; prawo natomiast niemieckie z 1908[20]) r., w miejsce słowa *„Aufforderung"*, do tekstu ustawy wprowadziło wyrażenie *„Anweisung"*. — Zmiana ta nie polegała tylko na ustaleniu nowej nomenklatury, albowiem użycia wyrażenia *„polecenie"* (*„Anweisung"*), w miejsce wyrażenia *„żądanie"* (*„Aufforderung"*), posiadało głębsze znaczenie, jak wskazuje na to zarówno historia prawa czekowego, jak i doktryna tegoż prawa.

W projekcie prawa czekowego z 1892 r. użyte było wyrażenie *„Aufforderung"*; to samo również znajdujemy w projekcie z 1907 r.; dopiero sprawozdanie parlamentarne z 1907 r. wprowadziło wyrażenie *„Anweisung"*. Uzasadnienie projektu z 1892 r. wyraźnie podkreślało, iż użycie słowa *„Aufforderung"* jest celowe, gdyż umieszczenie słowa *„Anweisung"* mogłoby wywołać nieporozumienie, iż do czeków stosować można przepisy prawne o przekazach. Wobec stałej emancypacji prawa czekowego i jego rozwoju, który nastąpił w pierwszych latach obecnego stulecia, obawy, podnoszone przez powyższe uzasadnienie, okazały się nierealne. Mimo, że istnieją teoretyczne podobieństwa konstrukcyjne między czekiem

---

[18]) **Rosenblüth I.: op. c.**, str. 950, powtarza za **Michaelisem R.: op. c.** § 1 uw. 3.

[19]) § 2 p. 1 austr. prawa z dn. 30. IV. 1906.

[20]) § 1 niem. prawa z dn. 11. III. 1908.

a przekazem z prawa powszechnego, nie wolno instytucyj tych mieszać ze sobą[21]); to odróżnienie obu tych instytucyj wyrobiło w świadomości prawnej obrotu czekowego tak wyraźne rozgraniczenie czeku i przekazu, iż obawy pomieszania, jakie mogły występować w 1892 r. znikły zupełnie przy kodyfikowaniu prawa czekowego w 1908 r. Doktryna prawa niemieckiego na tle tej zmiany terminologicznej podkreślała[22]), iż przez zmianę tę nie zostało wyraźnie uwydatnione, iż istotnym wymogiem czeku jest użycie w tekście jego rzeczownika *„Anweisung"* lub czasownika *„anweisen"*, lecz, iż dokument, będący z treści i formy czekiem, aby stał się czekiem w rozumieniu prawa czekowego, musi zawierać w sobie polecenie *(„Anweisung")* w rozumieniu przyjętym przez prawo powszechne (§ 783 B. G. B.). Polecenie to jest żądaniem *(„Aufforderung")* skierowanym przez osobę, żądającą do osoby innej, aby ta ostatnia spełniła świadczenie w stosunku do osoby trzeciej, uprawnionej do tego na podstawie tegoż polecenia.

Jak widzimy ewolucja, jaką przedstawia prawo czekowe typu germańskiego (przed jego ujednostajnieniem uchwałami genewskimi z 1931 r.) wskazuje nam wyraźnie, iż prawo to dążyło do wyodrębnienia czeku w rozumieniu ustawowym od wszelkiego rodzaju innych przekazów lub poleceń, zbliżonych treścią lub formą do czeku właściwego. Te same tendencje możemy również zaobserwować na tle prawa czekowego francuskiego, które używając wyrażenia *„un mandat de payement"*[23]), rozumiało przez nie polecenie skierowane przez wystawcę do trasata celem wypłacenia określonej sumy posiadaczowi czeku. W obu tych systemach krajowych nacisk logiczny skierowany był na należyte wyodrębnienie czeków właściwych od innych typów dokumentów pokrewnych, i na poddanie przepisom prawa czekowego tylko czeków w znaczeniu wprowadzonych przez to prawo[24]). Wreszcie zarówno jednolite prawo czekowe uchwalone w Hadze, jak i w Genewie wprowadzają wyrażenie *„...le mandat pur et simple de payer une somme..."*; *„...den reinen und einfachen (unbedingtem) Auftrag, eine bestimmte Summe zu zahlen..."*[25]).

Wobec tego, iż w chwili obecnej niebezpieczeństwo *„czeków-kwitów"* (które spowodowało tego rodzaju redakcję tre-

---

21) **Rosenblüth I.: op. c.**, str. 950, podkreśla występujące podobieństwa i różnice na tle prawa polskiego.

22) **Michaelis R.: op. c.**, § 1 uw. 3 (str. 21).

23) Art. 1 ustawy z 14. VI. (loi concernant les chèques).

24) W szczególności ustawodawcy szło o wyeliminowanie spod zasięgu prawa czekowego tzw. **„kwitów-czeków"**, o czym jeszcze przedstawimy niżej.

25) Art. 1 p. 2 regul. haskiego i art. 1 p. 2 regul. genewskiego.

ści dokumentu czekowego), już nam nie grozi, należy zastanowić się nad tym, czy właściwe jest wyrażenie, wprowadzone do treści dokumentu czekowego. Mamy na myśli wyrażenie *„polecenia zapłacenia“*; wyrażenie to stanowi odpowiednik wyrażenia przyjętego, przez Konferencję Genewską, a mianowicie: *„un mandat de payer“*. Czy w rzeczywistości wola wystawcy idzie w kierunku udzielenia trasatowi polecenie zapłaty? — Czy, idąc dalej, to *„polecenie zapłacenia“*, użyte w art. 1 p. 2 prawa czekowego, jest identyczne z *„poleceniem zapłacenia“*, o którym mówi art. 1 p. 2 prawa wekslowego? — Na pytanie to odpowiedzieć musimy negatywnie w sposób kategoryczny.

Na tę odpowiedź składa się szereg następujących momentów. Wprawdzie bowiem czek podobny jest w swej istocie do wekslu ciągnionego[26]), jednakże występują między nimi również liczne i podstawowe różnice, z których wymienimy obecnie jedynie trzy, jako bezpośrednio odnoszące się do poruszonego przez nas zagadnienia. — Będą to: 1-o czek nie ulega przyjęciu z zasady (art. 4 pr. czek.), podczas gdy istotą wekslu trasowanego jest jego przyjęcie przez trasata (art. 21—29 pr. weksl.); — 2-o u podłoża czeku występować musi t. zw. umowa czekowa, polegająca na tym, iż trasant i trasat ustalają między sobą wysokość i rodzaj funduszu, jaki ma się znajdować u trasata, a którym to funduszem może swobodnie dysponować trasant za pomocą wystawiania czeku, podczas gdy przy wekslu umowa taka nie ma miejsca; — 3-o w stosunkach czekowych trasatem może być tylko bankier (art. 3 pr. czek.), podczas gdy prawo wekslowe nie zna takiego ograniczenia legitymacji biernej.

Na tle tych różnic uwypukla się też zasadniczy kontrast mechanizmu stosunku między trasantem a trasatem występujący przy *„poleceniu zapłacenia“* wekslu i przy *„poleceniu zapłacenia“* czeku. Wystawca wekslu trasowanego może ciągnąć go na dowolną osobę (niekoniecznie na bankiera), nawet jeżeli z osobą tą nie jest związany żadnymi uprzednimi warunkami umownymi. Osoba trzecia może bądź odmówić spełnienia polecenia w treści wekslu ujawnionego, bądź też zgadza się je spełnić przez przyjęcie (akceptację); przez tę ostatnią jednak czynność staje się ona odpowiedzialna wekslowo (art. 47 pr. weksl.) w całej rozciągłości i bezwarunkowo za sumę wekslową przez się przyjętą. Płacąc z kolei tę sumę w terminie płatności, spełnia ona zobowiązanie przez się przyjęte, i przez zapłacenie w pierwszym rzędzie zwalnia

---

[26]) **Prawo angielskie** do dnia dzisiejszego określa czek **jako weksel ciągniony na bankiera,** a płatny **za okazaniem** (Bill of Exchange Act 1882, sect. 73: „A cheque is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand“).

siebie z odpowiedzialności. — Inaczej jednak przedstawia się mechanizm ten w prawie czekowym: między trasantem a trasatem zawarta zostaje umowa (obojętne, w jakiej formie: pisemnie, ustnie, a nawet w sposób domniemany), co do stworzenia odpowiedniego funduszu, będącego własnością trasanta, a znajdującego się u trasata. Na podstawie tej umowy wystawca ma prawo dysponowania tym funduszem każdej chwili przy pomocy czeku, trasat zaś ma zawsze obowiązek polecenia trasanta, zawarte w treści czeku, honorować, przez wypłatę osobie trzeciej odpowiedniej sumy.

Stąd widzimy, iż w wekslu trasat płaci swoje własne zobowiązanie, ze swego własnego funduszu, jako osoba za zobowiązanie to osobiście odpowiedzialna, natomiast w czeku trasat płaci obce zobowiązanie (trasanta), z obcego funduszu u niego się tylko znajdującego, przy czym niewypłacenie osobie trzeciej odpowiedniej sumy (np. z powodu braku pokrycia) powoduje odpowiedzialność osobistą nie trasata, lecz trasanta. Trasat (bankier) działa więc na tle prawa czekowego nie własnym lecz cudzym prawem, będąc raczej czynnikiem czysto wykonawczym; pobudką tej czynności wykonawczej jest tylko i wyłącznie wola trasanta ujawniona w treści czeku. Z powyższego porównania wolno nam ustalić obecnie, iż całkowicie różne, zarówno co do treści, jak i skutków prawnych, są pojęcia *„polecenie zapłacenia“* użyte przez prawo wekslowe i prawo czekowe. W prawie wekslowym wystawca proponuje trasatowi zapłacenie z funduszu trasata sumy wekslowej ujawnionej w danym wekslu, w prawie natomiast czekowym wystawca nakazuje trasatowi wypłacenie z funduszu trasanta sumy czekowej. Treść obu tych stanów, objętych wspólną nazwą *„polecenie zapłacenia“*, jest bezspornie różna; jeżeli dla stosunków wekslowych możemy się zgodzić na przyjęcie nomenklatury, to w stosunkach czekowych bezspornie bardziej odpowiednie byłoby wyrażenie *„nakazanie wypłaty“*, *„polecenie wypłacenia“* lub temu podobne, w sposób jasny i niedwuznaczny odzwierciadlające treść oświadczenia woli wystawcy i zakres wykonania czynności faktycznej trasata.

Polecenie zapłacenia w znaczeniu art. 1 p. 2 pr. czek. rozumieć należy jako polecenie wypłacenia przez trasata (bankiera, który w danym przypadku odgrywa rolę, jak gdyby kasjera wystawcy[27]) sumy czekowej na skutek odnośnej dyspozycji wystawcy; nie można mieszać tego wypłacenia z zapłaceniem, bo z punktu widzenia prawnego to ostatnie już następuje z chwilą wystawienia i wpro-

---

[27]) **Wróblewski St.: op. c.**, str. 511; — **Szczygielski A. D.: op. c.**, (Gaz. Sąd. War. Nr 31—32/36, str. 458).

wadzenia do obiegu samego czeku[28]), który z mocy konstrukcji prawa czekowego jest środkiem zapłaty[29]).

Obojętne jest natomiast, w jakiej formie słownej ujawniona jest dyspozycja wystawcy nakazująca trasatowi wypłacenie sumy czekowej; może to być polecenie, prośba lub żądanie, a nawet rozkaz[30]) skierowany przez wystawcę do swego bankiera. W żądaniu tym, tkwić musi wola, domagająca się w sposób kategoryczny wykonania przez bankiera tego żądania, a zmierzająca do jednego celu: dokonania przez bankiera wypłaty sumy pieniężnej osobie upoważnionej.

Jeżeli w ten sposób rozumieć będziemy wyrażenie ustawowe *„polecenie zapłacenia"*, to spod zasięgu ustawy czekowej usunąć się muszą wszelkie typy dokumentów pospolicie w obrocie zwanych „czekami", które jednak nimi w rozumieniu prawa czekowego nie są i być nie mogą. Na myśli mamy w pierwszym rzędzie tzw. „czeki podróżne" — „czeki-kwity" oraz „czeki pocztowe"[31]).

Czeki podróżne[32]) nie mogą być uznane za czeki, o których mówi art. 1 pr. czek.; mimo bowiem nazwy *„czek"*, jaka znajduje się w treści dokumentu — nie odpowiadają one warunkom legalnym, koniecznym do uznania dokumentu za czek. W szczególności nie spełniają warunku art. 1 p. 2 pr. czek., nie zawierają bowiem *„bezwarunkowego polecenia zapłacenia określonej sumy pieniężnej"*, natomiast stanowią w swej istocie *akredytywę* (tj. list kredytowy), wystawioną

---

[28]) Tak przedstawia się sytuacja na tle zasad teoretycznych systemu **germańskiego**, któremu hołduje również i **prawo polskie**, jako oparte na **regulaminie genewskim**. Por. orzeczenie Sądu Najwyższego (S. N. II. 1 K. 1065/34 z dn. 12. II. 1925. — Zb. K. 1935, p. 490), które stwierdza, iż **„przez wystawienie czeku należy rozumieć nie tylko jego sporządzenie ile wręczenie"**. — Natomiast **przeciwne stanowisko** znajdujemy w teorii **systemu francuskiego**, wedle którego zapłata następowała dopiero z chwilą wypłaty sumy czekowej przez bankiera. Por. orzeczenie franc. Chambre de req. (Cas. Ch. req. z 21. III. 1932 — P. P. H. 1933, p. 1183), stwierdzające, iż **„wręczenie czeku przez dłużnika wierzycielowi nie zwalnia dłużnika natychmiast i nie stanowi zapłaty i zwolnienia a zapłata następuje w momencie rzeczywistej zapłaty"**.

[29]) **Wróblewski St.: op. c.**, str. 464; — **Namitkiewicz J.: op. c.**, str. 459; — **Rosenblüth I.: op. c.**, str. 947; — **Szczygielski A. D.: op. c.**, (Gaz. Sąd. Warsz. Nr 29—30/36, str. 439).

[30]) W praktyce obrotu spotykać się będziemy więc z wyrażeniami dowolnymi, jak np.: „proszę wypłacić", „zechce Pan wypłacić", „zapłać pan", „P. K. O. zapłaci" itp. W każdym jednak przypadku wyrażenie takie zawierać musi **imperatyw**, nawet jeżeli jest ubrany w bardziej uprzejmą i grzeczną formę słowną. (Por. **Michaels R.: op. c.**, § 1 uw. 3).

[31]) Nazwą tą — dla uproszczenia — tymczasowo nazywamy dokumenty wprowadzone do obrotu przez Pocztową Kasę Oszczędności (P. K. O.), jako tzw. **„czeki przelewowe"** i **„czeki przekazowe"**, wraz z ich wszystkimi odmianami.

[32]) Zwane także: **„czeki okrężne"**, **„travellerscheck"**, **„assegno circolare"**, **„chèque circulaire"**, **„Zirkularscheck"**, **„Reisescheck"**, **„Touristdraft"**.

przez bankiera[33]) (zakład kredytowy), która w swej treści upoważnia określoną osobę do podejmowania oznaczonej sumy pieniężnej w różnych instytucjach bankowych, stowarzyszonych z bankiem-wystawcą[34]). Cechą charakterystyczną *travellerchecku* jest nadto okoliczność, iż legitymowany posiadacz może sumę podejmować nie w całości, lecz w dowolnych częściach, a nadto każdą część w innej instytucji bankowej. Zakład kredytowy bowiem ciągnie ten czek na swoje filie, przedstawicielstwa i banki stowarzyszone, a jednocześnie ten czek sam akceptuje.

Jeśli idzie o charakter prawny *czeku podróżnego,* to jest on w istocie swej jedynie poświadczeniem odbioru sumy pieniężnej wpłaconej przez podróżnego określonemu bankierowi-wystawcy, nie zaś poleceniem zapłacenia tej sumy w znaczeniu art. 1 pr. czek. Na stanowisku tym stoi zarówno doktryna prawa czekowego[35]), jak i orzecznictwo prawa polskiego[36]) i niemieckiego[37]), wychodząc z założenia, iż tzw. *„czek okrężny (travellercheck)"* najbardziej zbliżony jest z punktu widzenia prawnego do instytucji *wekslu trasowanego;* stąd też w praktyce należy stosować — co prawda w drodze ostrożnej analogii — odpowiednie przepisy prawa wekslowego.

Omawiana instytucja wytworzona w systemie anglo-saskim i przyjęta w szczególności w obrocie czekowym amerykańskim, nie znalazła uznania w ustawodawstwie europejskim[38]). Na kontynencie czeki okrężne (podróżne) zostały wprowadzone do prawa obowiązującego jedynie we

---

[33]) Czeki takie wystawiają w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej firmy: „American Express Company — New York", „National City Bank of New York", w Kanadzie — firma „Canadian Pacific Express Company", we Włoszech firma „Banca Commerciale Italiano—Milano"; w Niemczech — firma „Norddeutscher Lloyd—Bremen", oraz począwszy od od 1. VI. 1930 r., również urzędy pocztowe, jako tzw. „Postreisescheck". (Por. **Żabicki A.: op. c.** str. 268).

[34]) **Szczygielski A. D.: op. c.,** (Gaz. Sąd. Warsz. Nr 37-38/39, str. 509.)

[35]) **Michaelis R.: op. c.,** § 1 uw. 3; — **Wróblewski St. op. c.,** wyd. 1930, str. 270: „Poświadczenie odbioru nie jest poleceniem zapłaty; z tego powodu tzw. **travellerschecks**, tzn. **akredytywy** (listy kredytowe), wystawione przez banki na użytek podróżnych, którzy na ich podstawie podejmują pieniądze w toku podróży, **nie są czekami** w rozumieniu prawa czekowego; — **op. c.** (wyd. 1936), str. 442; powtarza dosłownie swój pogląd z 1930 roku; **Rosenblüth I.: op. c.,** str. 956: „Dla braku polecenia zapłaty nie są czekami tzw. Travellerscheckes, które są akredytywami zawierającymi przyrzeczenie wypłaty przez bank innego kraju...".

[36]) S. N. I. C. 1074/24 z dnia 26. II. 1925 oraz S. N. III. Rw. 229/25 z dnia 9. II. 1926.

[37]) S. R. 79, 342.

[38]) **Peuquet M.: „De l'unfication du droit en matière de chéque".** Paris 1927, str. 88: „Les travellers-checks sont très répandus aux Etats-Unis, en Angleterre, en Allemagne et en Suisse. En France ils sont presque inconnus. Notons cependant que, en 1920, la Banque de France, a émis, pour le compte de l'Office national du tourisme, les chèques assez analogues. Mais cette tentative a été depuis abandonnée ((11 janv. 1923)...".

Włoszech; podstawą tej reglamentacji ustawowej był dekret z dnia 7. XI. 1923 „*di assegno circolare*“[39]), który w 17-tu artykułach przepisywał szczegółowo zasady, wystawienia, obiegu, przedstawienia i zapłaty tego rodzaju papieru zleceniowego. W Niemczech wyrok Sądu Rzeszy wyraźnie stwierdził, iż „*...die sogenannten Reiseschecks der American Express Company, welche nicht eine Anweisung, sondern das Versprechen einer Zahlung — „wil pay“ — enthalten...*“, podlegają przepisom stemplowym na równi z wekslami, nie zaś z czekami (S. R. 79, 342). — W Polsce, aczkolwiek w praktyce obrotu „*czeki podróżne*“ mogą mieć miejsce, na równi z innymi papierami zleceniowymi, nie podlegają one jednak z zasady przepisom ustawowym prawa czekowego. Wszelkie wątpliwości, jakie mogły zachodzić w obrocie (wobec nazywania tych dokumentów „*czekami*“), zostały usunięte przez kategoryczne wypowiedzenie się Sądu Najwyższego, który rozstrzygnął, iż „*...czek American Express Co nie jest używanym u nas czekiem, a raczej przekazem pieniężnym, opartym na tym, iż interesant składa pieniądze swe w banku amerykańskim, który ze swej strony wydaje zobowiązanie na odpowiednią instytucję w Polsce, realizującą na mocy istniejącej umowy z bankami amerykańskimi, wystawione w Ameryce przekazy, a więc przeto formą swą zbliża się do wekslu ciągnionego...*“ (S. N. I. C. 1074/24) oraz iż „*...amerykańskie czeki podróżne nie są czekami w rozumieniu ustawy czekowej .. i w razie niehonorowania takiego czeku posiadacz ma prawo do ewikcji przeciw temu, od kogo czek nabył*“ (S. N. III. Rw. 229/25). — Te ustalenia położyły raz na zawsze kres próbom podciągnięcia instytucji „*czeku podróżnego*“ pod przepisy polskiego prawa czekowego[40]).

---

[39]) Art. 1 tego prawa głosi: „**Czek okrężny (assegno circolare)** jest papierem zleceniowym, wystawionym przez upoważniony do tego zakład kredytowy, płatnym za okazaniem we wszystkich miejscach, wskazanych na nim przez wystawcę“. — Podobną definicję podaje **Mayer F.**: „**Das Weltscheckrecht**“, Berlin 1913, tom I, str. 118, omawiając instytucję czeku podróżnego, wystawionego przez towarzystwo okrętowe. „Norddeutscher Lloyd“: „Der Scheck ist bei allen in der Korrespondenzliste des Ausstellers verzeichneten Firmen zu dem auf der Rückseite des Schecks beigefügten, für ausserdeutsche Länder in Frage kommenden Gegenwert, in der entsprechenden Landeswährung zahlbar“.

[40]) **Namitkiewicz J.**: „**Zarys**“. Warszawa 1934, str. 226. „Należy uznać, iż tego rodzaju tytuły (sc. travellers-checks), choć nazywają się czekami, **nie są czekami** w ścisłym tego słowa znaczeniu, gdyż nie zawierają polecenia zapłaty, lecz obietnicę wydającego taki czek; są one raczej **listami kredytowymi**, zawierającymi pokwitowanie z odbioru pieniędzy“; — **Howorka M.**: „**Polskie prawo wekslowe i czekowe**“, Poznań 1928, str. 9: „Nie jest czekiem tzw. Travellerscheck (akredytywa, list kredytowy“), wystawiony przez bank, który upoważnia pewną osobę do podjęcia oznaczonej sumy pieniężnej w różnych instytucjach bankowych, przy czym okaziciel dokumentu może podjąć tę sumę częściami i w różnych bankach“.

Czeki-kwity[41]) również nie są uznane przez systemy ustawodawcze za czeki w znaczeniu prawa czekowego[42]). — Aczkolwiek bowiem instytucja ta powstała równolegle w obrocie bankowym z czekiem w znaczeniu właściwym (zwanym też dla odróżnienia „czekiem-przekazem"), to jednak z istoty swej różni się od tego ostatniego. O ile czek-pokwitowanie zawiera w treści swej z góry wydane przez wystawcę pokwitowanie z odbioru określonej sumy pieniężnej, znajdującej się u osoby trzeciej, a wręczone osobie trzeciej, która przy zgłoszeniu się do osoby wskazanej w tym pokwitowaniu otrzymuje od tej ostatniej sumę wymienioną, o tyle *czek-przekaz* musi w treści swej zawierać wyraźne polecenie wystawcy skierowane do trasata, wypłacenia osobie trzeciej, z czeku tego upoważnionej, określonej w treści sumy pieniężnej[43]).

Widzimy więc, iż *„czek-kwit"* nie może być uznany za czek w znaczeniu art. 1 pr. czek., gdyż nie zawiera w swej treści podstawowego warunku przez artykuł ten wymaganego, a mianowicie nie zawiera *„polecenia wypłacenia"* sumy czekowej. Różne też są skutki prawne takiego rozróżnienia prawnego: czek właściwy stanowi w swej istocie samoistny tytuł prawny, którego posiadacz realizuje uprawnienia z czeku płynące, działając własnym prawem; czek-kwit natomiast nie posiada tej samodzielności prawnej, a posiadacz jego działa nie własnym prawem, lecz prawem osoby kwitującej, w której imieniu inkasuje sumę czekową. — W okresie przedwojennym praktyka czeków-kwitów stosowana była szeroko przez obrót handlowy, jako przydatne udogodnienie inkasowe; wobec jednak prób podciągnięcia tych dokumentów pod ustawową reglamentację prawa czekowego[44]), powstała silna reakcja ze strony doktryny tego prawa, domagającej się wyraźnego wyłączenia czeków-kwitów spod zasięgu prawa czekowego i poddania ich przepisom prawa powszechnego. Stąd też w krajach,

---

[41]) Zwane także: „Czek-pokwitowanie", chèque récépissé, „Quittungsscheck".

[42]) Jedyny wyjątek w tym względzie stanowi prawo holenderskie („Wetboek van Koophandel" z 1838 r.) w brzmieniu ustawy z dnia 5. VII. 1925, które w art. 222 przewiduje, iż czek może być wystawiony zarówno w formie „polecenia", jak i „pokwitowania".

[43]) **Szczygielski A. D.: op. c.**, (Gaz. Sąd. Warsz. Nr 37—38/36, str. 509); — **Namitkiewicz J.: op. c.**, str. 468; — **Namitkiewicz J.: „Zarys..."**, str. 226; — **Kuratow M.: op. c.**, str. 59; — **Michaelis R.: op. c.**, § 1, uw. 3; — **Howorka M.: op. c.**, str. 9: „Nie jest czekiem tzw. czek-kwit (cheque-récépissé). Jest to pokwitowanie z odbioru sumy, znajdującej się w depozycie banku. Pokwitowanie to jest jednocześnie pełnomocnictwem do inkasa, udzielonym okazicielowi".

[44]) Podobny objaw można zaobserwować w epoce obecnej, w polskich stosunkach obrotu czekowego, który pragnie uznać za czeki w znaczeniu ustawowym również **czeki przelewowe i przekazowe Pocztowej Kasy Oszczędności.** O niesłuszności tego objawu mówimy niżej.

w których praktyka kwitów-czeków najbardziej się rozwinęła, najwcześniej wydane zostały odpowiednie przepisy prawne, wyłączające czeki-kwity spod reglamentacji prawa czekowego: we Francji, gdzie czeki-kwity były w stałym użyciu, wypierając nawet czeki-przekazy, prawo czekowe 1865 r. wyraźnie objęło swym zasięgiem jedynie czeki w znaczeniu właściwym[45]), a więc czeki, których istotą jest polecenie zapłacenia, odsuwając *a limine* w ten sposób czeki stanowiące w gruncie rzeczy tylko pokwitowanie[46]).

Charakterystyczne bardzo są motywy ustawodawcze do powyższej ustawy, głoszące, iż czeki-kwity nie mogą być uznane za czeki w znaczeniu ustawowym z dwóch powodów[47]): „1) czek-kwit tworzy kłamstwo handlowe *(un mensonge commercial)*, z formą kłamliwą *(forme menteuse)*, gdyż wydany zostaje, nie po zainkasowaniu pieniędzy, lecz wówczas, gdy wskazany nie jest jeszcze powiadomiony o poleceniu zapłaty; wyrzeka o fakcie przeszłym, choć odnosi się do przyszłego; — 2) czek-kwit jest formą niedogodną *(forme incommode)*, zwłaszcza gdy idzie o ustalenie praw okaziciela, o przelew za pomocą indosów lub o postępowanie w przypadku odmowy zapłaty".

Począwszy od chwili wydania prawa z 1865 r. orzecznictwo sądów francuskich stało niewzruszenie na tej podstawie, iż jedynym typem czeku, o którym mowa jest w prawie czekowym, jest tylko czek-przekaz. Również na tle przedwojennego prawa czekowego systemu germańskiego czeki-kwity nie mogły znaleźć miejsca w ramach ustawy czekowej[48]), a to ze względu na to, iż wymogiem koniecznym było istnienie w treści dokumentu czekowego *„żądania (Aufforderung) zapłaty"*[49]) lub też *„polecenia (Anweisung) zapłaty"*[50]), co wykluczało możność zastosowania przepisów prawa czekowego do *„pokwitowań z odbioru sumy czekowej"*[51]). Stanowisko systemu germańskiego przyjęte zostało przez re-

---

[45]) Loi, consernant les chèques, du 14 juin 1865, art. 1: „Le chèque est l'écrit qui, sous la forme d'un mandat de payement, sert au tireur à effectuer le retrait, à son profit ou au profit d'un tiers, de tout ou partie de fonds portés au crédit de son compte chez le tiré, et disponibles...".

[46]) **Lyon-Caën et Renault: „Traité de droit commercial"**, t. IV. § 552.

[47]) Cytujemy według tekstu podanego przez **Kuratowa M.: op. c.**, str. 61.

[48]) **Michaelis R.: op. c.**, § 1, uw. 3 cytuje wyrok Ob. Landesgericht Karlsruhe (ogłoszony w Deut. Jur. Zeit. 1905, 464): „Der früher gebräuchlich gewesene Quittungsscheck stellt eine in die Form der Quittung gekleidete Zahlungsanweisung dar...".

[49]) § 1 p. 5. austr. ustawy czekowej z 30 kwietnia 1906 r.

[50]) § 1 p. 2 niem. ustawy czekowej z 11 marca 1908 r.

[51]) Uzasadnienie ustawodawcze do projektu niemieckiego prawa czekowego z 1908 r. na str. 13 wspominając o **czekach-kwitach**, podnosi, iż... „es besteht also bei ihm (tzn. przy czeku-kwicie), ein Widerspruch zwischen Form und Rechtsinhalt...".

gulamin haski[52]), skąd przeszło bez zmian do jednolitego prawa genewskiego.

Obowiązujące prawo polskie, jako oparte na wzorze genewskim, również uniemożliwia uznanie czeków-kwitów za czeki w znaczeniu tego prawa. Skutkiem tak jasnego i wyraźnego postawienia sprawy — na tle obecnych stosunków obrotu czekowego — zarzucone zostały całkowicie koncepcje podciągnięcia tych pokwitowań pod przepisy prawa czekowego; pokwitowania takie bezspornie podlegają przepisom prawa powszechnego.

Praktyka obrotu czekowego w Polsce wytworzyła ponadto szereg typów dokumentów oznaczonym mianem *„czeków"*, a które również nie mogą być uznane za czeki w znaczeniu polskiego prawa czekowego, w oparciu się na tych samych argumentach, dla których czekami nie mogą być *„czeki-kwity"* oraz *„czeki okrężne"*; czeki te bowiem nie spełniają ustawowego i kardynalnego wymogu zawierania w swej treści klauzuli *„polecenie zapłacenia"* sumy czekowej. Zastrzeżenia te w szczególności odnoszą się do typów dokumentów, wytworzonych w obrocie przez Pocztową Kasę Oszczędności (P. K. O.), i czeków oznaczonych przez tę instytucję nazwą czeków; będą to tzw.: 1) *„czeki przelewowe"*, — 2) czeki *„przekazowe"*, 3) „czeki zbiorowe" i 4) „czeki stałe"; czeki te mimo swej nazwy nie są czekami w znaczeniu prawa czekowego, stąd też nie odnoszą się do nich z zasady przepisy tego prawa.

Czek przelewowy[53]) w treści swej nie zawiera polecenia zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej, a jedynie dyspozycję trasanta, skierowaną do trasata, dokonania przepisania (przelewu) odpowiedniej sumy w dokumencie oznaczonej, z konta wystawcy, znajdującego się u trasata, na takież konto innego klienta tego samego trasata. Klauzula *„polecenia zapłaty"*, będąca *essentiale* czeku i decydująca o możności uznania danego dokumentu za czek w znaczeniu ustawowym, nie jest w ogóle w *„czeku przelewowym"* wprowadzona do jego treści; stąd też dokument tzw. *„czeku przelewowego"* nie odpowiada warunkom art. 1 prawa czekowego, co z kolei powoduje nieuznanie go jako czeku w ogóle. Jeśli idzie o istotę prawną takiego dokumentu, to jest nią zlecenie[54]) klien-

---

[52]) Art. 1.: „Le chèque contient:.... 2. le mandat pur et simple de payer une somme determinée..."; na przepisie tym oparte było prawo polskie z 1924 r., stwierdzające w art. 1, iż „czek zawiera:... d) bezwarunkowe polecenie zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej".

[53]) Odpowiednikiem tego dokumentu jest wytworzony w praktyce niemieckiego Banku Rzeszy tzw. **„Roter Scheck der Reichsbank"**, znany również we Francji, jako **„mandat rouge"** lub **„mandat de virement"**. — Analogiczny jest tzw. **przelewowy czek pocztowy**, znany w Niemczech jako **„Postscheck"**, we Francji zaś jako **„chèque postal"**.

[54]) **Michaelis R.: op. c.,** § 2 uw. 16: „Die Ueberweisung auf ein an-

t a d a n e g o b a n k u, posiadającego własne konto w tym banku, przepisania oznaczonej sumy pieniężnej z jego konta na konto drugiego klienta, posiadającego również swe konto w danym banku. Z tych względów uznać należy tzw. *„czek przelewowy“* na w e w n ę t r z n e z l e c e n i e k l i e n t a w s t o s u n k u d o b a n k u; stąd normą prawną regulującą omawianą instytucję, może być tylko przepis prawa powszechnego, w szczególnych zaś zagadnieniach — także prawa bankowego.

W l i t e r a t u r z e w s z e c h ś w i a t o w e j bezspornie jest ustalone, iż czek przelewowy nie jest czekiem w znaczeniu ustawowym[55]): argumenty podnoszone przez wszystkich przedstawicieli teorii prawa czekowego sprowadzają się do następujących ustaleń: 1-o c z e k p r z e l e w o w y nie za-

---

deres Postscheckkonto ist eine reine Giroanweisung, entsprechend dem roten Scheck der Reichsbank...“.

[55]) **Pavlicek A.: „Der Check“,** Wien 1898, str. 31—32: „...derselbe (tzn. czek przelewowy, roter Scheck), ist vielmehr nur ein Mandat eines Kontoinhabers an die Bank, aus seinem Guthaben eine bestimmte Summe **durch Umschreibung** auf ein anderes Giroconto zu übertragen; trotz der Checkform ist es nur ein Auftrag, der lediglich nach den Bestimmungen des bürgl. Gesbch. und des Handelsgesetzes zu beurtheilen ist...“; „Es sind daher die sog. rothen Checks der Oe.-U. Bank und d. Reichsbank keine eigentlichen Checks im Sinne des ö. Entw. und des d. Entw. (mowa jest o projektach, które poprzedziły wydanie austr. prawa czek. z 1906 r. i niem. prawa czek. z 1908 r.); — **Kuhlenbeck L.: „Der Check. Seine wirtschaftliche und juristische Natur“.** Leipzig 1890, str. 143: „Der **rote** Scheck unterscheidet sich also vom **weissen** Scheck dadurch, dass letzterer eine Zahlungsanweisung enthält, eine Anweisung auf Zahlung im engeren Sinne **„numeratio“**, ersterer aber eine Delegationsanweisung..“; — **Cosack K.: „Lehrbuch des Handelsrechts“,** Stuttgart, 1922, str. 249: „Man pflegt sie, nach der für jede Art gebräuchlichen Papierfarbe, als **weisse, rote und grüne Schecks** zu unterscheiden. Von ihnen gilt aber als eigentlicher Scheck nur **der weisse**...“; — **Michaelis R.: op. c.**; § 1, uw. 14: „Die Anweisung muss auf Zahlung der Geldsumme lauten. Eine unmittelbar auf Gutschrift oder Verrechnung zugunsten des Nehmers oder auf Ueberweisung auf dessen Konto lautende Anweisung (Giroanweisung, wie der sog. rote Scheck der Reichsbank) ist kein Scheck in Sinne des Gesetzes...“ — **Wróblewski St.: Ustawa z dnia 3 kwietnia 1906 r., 1. 84, D. U. P. o czeku“**, Kraków 1907, str. 5—6: „...Niema czeku w rozumieniu niniejszej ustawy, jeżeli wystawca używa przekazanego nie do zapłaty„ lecz do przepisania pewnej sumy na rzecz trzeciej osoby (tzw. czek przekazowy, albo czerwony)...“; — **Peuquet M.: op. c.** str. 88: „Le chèque de compensation jouit en Allemagne et dans d‘autres pays d‘une éstime marqué. L‘Angleterre, l‘Amerique et la France s‘en servent à yeine. Chez nous, on se demande même, si la mention «à porter en compte» serait licite...“; — **Lyon-Caën et Renault: op. c.** . IV § 545; — **Kuratow M.: op. c.** str. 100: „Czek **czerwony...** zawiera właściwie w sobie **polecenie zakredytowania osoby w czeku wymienionej z funduszu wystawcy,** znajdującego się u wskazanego...: na razie sprawuje funkcję zastąpienia gotówki, a przekazując pieniądze tylko na piśmie, traci pod każdym względem charakter operacji czekowej. Można przeto nazwać go **raczej mandatem, przekazem, aniżeli czekiem.** Rządzi się ogólnymi przepisami o przekazach i tymi skutkami prawnymi, jakie wynikają z umowy, zawartej między stronami, gdyż osoby trzecie wyłączone są z tego stosunku...“

wiera w swej treści polecenia zapłacenia sumy pieniężnej, a tylko zlecenie przepisania tej sumy w księgach kontowych banku z jednego konta na drugie; — 2-o czek taki nie jest papierem obiegowym, gdyż wprowadzenie go do obrotu polega bądź na wystawieniu i doręczeniu beneficjariuszowi czekowemu, który z kolei czek ten oddaje trasatowi, bądź też na wystawieniu i bezpośrednim przesłaniu czeku takiego przez trasanta trasatowi[56]); — 3-o czek ten nie jest dokumentem zleceniowym, stąd też nie jest możliwe przenoszenie go w drodze indosu; 4-o osoby, które przenoszą czek taki w drodze wręczenia *(traditio)*, nie nabywają żadnych praw, a stanowisko ich w obrocie ma charakter jedynie faktyczny *(nudus minister)*.

W literaturze polskiej, opartej bądź na dawnym prawie z r. 1924[57]), bądź też na nowym prawie czekowym z r. 1936[58]) wypowiedziano się w sposób zdecydowany za nieuznawaniem czeku takiego za czek w znaczeniu ustawowym. Na stanowisku tym stoi także orzecznictwo sądowe prawa polskiego[59]), stwierdzające, iż *„przepisy prawa czekowego nie mają zastosowania do czeku przelewowego, którego istotą jest tylko podjęcie się wpłaty wyrażonej w tym czeku*

---

[56]) **Namtkiewicz J.: op. c.** str. 463: **„Czek obrachunkowy** ma jedynie **wartość dla danej osoby, nie nadaje się do przelewu i obiegu i ma przede wszystkim za zadanie zaoszczędzenie gotówki".**

[57]) **Żabicki A.: op. c.**, str. 235: „...czeki przelewowe tzw. **„czerwone"**, **służące wyłącznie do rozrachunkowego przeniesienia określonej sumy z rachunku** jednego klienta (wystawcy) do rachunku innego (remitenta) — nie są czekami w rozumieniu ustaw czekowych..."; — **Howorka M., op. c.** str. 9: **„Czek przelewu P. K. O. nie jest również czekiem.** Jest to zlecenie przepisania oznaczonej sumy pieniężnej z konta udzielającego zlecenia na konto innej osoby...; czeki te nie są papierami dyspozycyjnymi, lecz poleceniami udzielonymi bezpośrednio P. K. O."; — **Wróblewski St. op. c.** wyd. 1930 r., str. 270: „Także polecenie przepisania pewnej sumy na rzecz trzeciej osoby lub okaziciela (tzw. czk przekazowy albo czerwony) **nie jest czekiem** z art. 1".

[58]) **Wróblewski St.: op. c.** wyd. 1936 r. str. 443: „...także polecenie przepisania pewnej sumy na rzecz trzeciej osoby lub okaziciela (tzw. czek przekazowy albo czerwony), nie jest czekiem z art. 1..."; — **Rosenblüth I.: op. c.**, str. 956: „Dla braku polecenia zapłaty nie są czekami ...tzw. czeki przekazowe (przelewowe) w obrocie żyrowym P. K. O."; — **Szczygielski A. D.: op. c.** (Gaz. Warsz. Nr 37—38/1936, str. 510): „...w praktyce obrotu bankowego w Polsce, w szczególności Pocztowej Kasy Oszczędności, powstały **dwa typy dokumentów bankowych,** które mimo swej nazwy, nie są czekami w znaczeniu art. 1 pr. czek. Stąd nie mogą do nich mieć zastosowania normy ustawy czekowej; są to tzw. czeki przelewowe i czeki przekazowe..."; również **Szczygielski A. D.: „Czy zaginiony czek przelewowy podlega przepisom o amortyzacji czekowej"** („Mies. Pr. Handl. i Weksl." Nr 2/37, str. 60) „...nie możemy uznać tzw. czeku przelewowego za czek, choć go określają tym mianem „Przepisy o obrocie czekowym Pocztowej Kasy Oszczędności" Warszawa 1936 — w § 59. Użycie bowiem takiej nomenklatury, w przepisach wewnętrznych P. K. O., nie może przesądzać charakteru prawnego tego dokumentu..."

[59]) S. N. C. II. 2856/34 z dnia 13. II. 1935.

sumy na konto komitenta[60]) *w P. K. O. z własnego konta. Czek taki stanowi tylko dowód wykonania zlecenia, a przyjmujący taki czek ma go przesłać do P. K. O. celem uskutecznienia przelewu*".

Tak kategoryczne wypowiedzenie się zarówno doktryny, jak i orzecznictwa prawa czekowego w przedmiocie nieuznawania, jako czeków w znaczeniu ustawowym, tzw. „*czeków przelewowych*", winno wpłynąć na ugruntowanie w obrocie prawnym jednolitego przekonania, iż do tego typu dokumentów mają zastosowanie nie przepisy prawa czekowego, lecz normy prawa powszechnego, z ewentualnym uwzględnieniem zasad prawnych, ustalonych między Pocztową Kasą Oszczędności, a jej klientami w umowie ramowej, zawarte w wydawnictwie P. K. O. p. t.: „Przepisy w obrocie czekowym Pocztowej Kasy Oszczędności" (Warszawa 1936). Tak jednak w rzeczywistości nie jest; skutkiem nazwania dokumentów tych „*czekami*" przez P. K. O., oraz skutkiem dopuszczenia ich do obrotu czekowego (wprawdzie tylko wewnętrznego) w tej instytucji, wytworzyło się w praktyce przekonanie powszechne o zrównaniu dokumentów tych z czekami w znaczeniu właściwym pod względem charakteru i skutków prawnych. W rezultacie powstały w obrocie takie dziwolągi prawne, jak przenoszenie „*czeków*" tych w drodze „*indosów*", jak wystawianie ich w formie „*in blanco*" i to z powołaniem się na art. 13 pr. czek., jak domaganie się od sądów przeprowadzenia postępowania umarzającego w trybie art. 79 i nast. pr. czek. w przypadku ich zaginięcia[61]) itp. Wytworzyła się więc sztuczna tendencja starania się podciągnięcia tzw. „*czeków przelewowych*" pod przepisy prawa czekowego, wbrew przepisom tego prawa; jest to sytuacja podobna do tej, jaka wytworzyła się w swoim czasie przy próbie wprowadzenia na terenie prawa polskiego czeków-kwitów i czeków podróżnych. Zdecydowane stanowisko Sądu Najwyższego wyraźnie stwierdzającego, iż te typy dokumentów nie są czekami w rozumieniu prawa czekowego, a stąd nie korzystają ze szczególnych przepisów tego prawa, raz na zawsze uregulowało stosunki obrotu. W chwili dzisiejszej wydaje się wprost koniecznością prawną podobne wypowiedzenie się najwyższej instancji sądowej, któreby raz na zawsze w taki sam kategoryczny sposób przecięło stosowanie obecnej fałszywej praktyki[62]).

---

[60]) W przypadku tym beneficjariuszem był komitet wystawcy czeku — komisanta.

[61]) Przykłady te nie są fantastycznym katalogiem możliwych przypadków, lecz oparte są **na praktyce sądowej sądów grodzkich w Warszawie**, które niestety, nie zawsze zdając sobie sprawę z istoty prawnej tzw. „czeków przelewowych" P. K. O., często uwzględniają bałamutne wnioski procesowe petentów.

[62]) Pamiętać należy, iż **prawo polskie** (w oparciu się zresztą na re-

Czek przekazowy[63]) również nie może być uznany za czek w znaczeniu ustawowym, będąc — podobnie jak i tzw. *„czek przelewowy"* — jedynie wewnętrznym zleceniem klienta wobec banku[64]). — Ten typ dokumentu wprowadzony został w Polsce do obrotu gospodarczego przez Pocztową Kasę Oszczędności[65]), a polega na tym, iż właściciel konta czekowego w P. K. O., za pomocą specjalnych blankietów, poleca Pocztowej Kasie Oszczędności dokonanie wypłaty z jego konta określonej sumy, za pośrednictwem poczty, pod adresem na blankiecie tym wskazanym[66]). — W ten sposób dokument ten odgrywa rolę podobną do tzw. *„przekazów pocztowych"*, a różni się od nich tym, iż ze strony wysyłającego nie następuje rzeczywista wpłata określonej sumy do kasy urzędu pocztowego przy udzielaniu polecenia, lecz,

---

gulaminie haskim i genewskim) zna instytucję prawa czekowego, spełniającą w obrocie to zadanie gospodarcze, jakie ma na celu wprowadzenie czeku przelewowego. **Jest to instytucja „czeku rachunkowego"** (art. 39 pr. czek. 1936 r.), polegająca na tym, iż wystawca lub posiadacz czeku mogą zabronić zapłaty czeku w gotówce przez zamieszczenie **w poprzek na przedniej stronie czeku zastrzeżenia „przelać na rachunek" lub innego równoznacznego**; w tym przypadku czek może być przez trasata użyty tylko do rozrachunku księgowego (przez uznanie na rachunku, rozliczenie lub potrącenie). **Czek taki odpowiada całkowicie warunkom art. 1 pr.** czek. (w związku z art. 39), wobec czego należy go uznać za czek w znaczeniu ścisłym, w przeciwstawieniu do „czeków przelewowych" P. K. O., które prawu czekowemu nie podlegają i podlegać nie mogą.

[63]) Nazwy tej używamy w znaczeniu przyjętym przez P. K. O.; w literaturze bowiem prawa czekowego przyjęto często oznaczać tym mianem „czeki przelewowe", o których już była mowa wyżej.

[64]) **Howorka M.: op. c.** str. 9: „...tak samo zleceniem wewnętrznym jest tzw. czek przekazowy P. K. O., którym właściciel konta poleca dokonać wypłaty pocztą na rzecz oznaczonej osoby...; czeki te nie są papierami dyspozycyjnymi, lecz **poleceniami**, udzielonymi bezpośrednio P. K. O."; — **Rosenblüth I.: op. c.** str. 956: „...Dla braku zlecenia zapłaty nie są czekami... tzw. czeki przekazowe... w obrocie żyrowym P. K. O."; — **Szczygielski A. D. op. c.** (Gaz. Sąd. Warsz. Nr 37—38/36, str. 51): „...podobnie nie można uznać za czek w znaczeniu ustawowym tzw. czeku przekazowego..."

[65]) Dokument tego typu nie stanowi jednak instytucji wytworzonej przez polski obrót gospodarczy. Pierwsze takie czeki pocztowe wprowadzone zostały w Austrii w 1883, później zaś na podstawie ustawy z 19. XI. 1887 — poczęła z nich korzystać Pocztowa Kasa Oszczędności we Wiedniu; instytucja ta następnie przyjęła się na **Węgrzech** (od 1889), w **Szwajcarii** (1905), **Japonii** (1906), **Niemczech** (1908), **Luxemburgu** (1911), **Belgii** (1912), **Holandii** (1918), **Francji** (1918), **Italii** (1919) i **Czechosłowacji** (1919) (porównaj rozwój historyczny **Linée A.: „Le chèque postal"**, Paris 1919, str. 9).

[66]) Sprawozdawca parlamentarny francuskiej ustawy z 1918 r. deputowany **Dupont** w raporcie swym z dnia 25. I. 1917 tak określa pocztowy czek przekazowy: „Un ordre donné au service postal d'effectuer un paiement par mandat à une personne désignée, sur une provision anterieurement constituée". (Chambre des députés: „Débats parl". Paris 1918 str. 5). — Podobne zasady zna prawo niemieckie: **Michaelis R.: op. c.** § 2 uw. 16, streszczając przepisy ustawowe, podaje „Der Kontoinhaber kann über sein Guthaben, soweit es die Stammeinlage übersteigt, jederzeit verfügen"...

iż na podstawie porozumienia istniejącego między P. K. O. a zarządem pocztowym, następuje — skutkiem wydania dyspozycji przez właściciela konta — wewnętrzne zarachowanie sumy tej na konto zarządu pocztowego, który za pośrednictwem swych organów wykonawczych dokonywa wypłaty adresatowi w miejscu wskazanym przez właściciela konta. Jest to bezsporne ułatwienie obrotu, ekonomia czasu, pieniędzy i tranzakcji; nic więc dziwnego, że instytucja *„czeku przekazowego“* w krótkim czasie przyjęta została przychylnie przez obrót gospodarczy, w którym się całkowicie zaaklimatyzowała.

Wprowadzenie tej instytucji do obrotu spowodowało konieczność jej ustawowego zreglamentowania; tak też postąpiono w szeregu państw[67]). W Polsce pozostawiono kwestię otwartą, a jedynie oparcie prawne stanowią wewnętrzne przepisy P. K. O., stanowiące umowę o charakterze oferty ramowej, jaką z P. K. O. zawiera klient, zgłaszający się jako uczestnik obrotu czekowego[68]). — Na tle prawa polskiego charakter prawny omawianego dokumentu nie będzie nasuwał żadnych wątpliwości; brak bowiem w treści tego bezwarunkowego polecenia zapłaty sumy pieniężnej — dyskwalifikuje go, jako czek w znaczeniu ustawowym[69]). W tym stanie rzeczy uznać należy, iż stosunki prawne, powstałe ze zlecenia zawartego w dokumencie tzw. *„czeku przekazowego“*, nie mogą być regulowane przepisami prawa czekowego (nawet w drodze ostrożnej analogii), a zastosowanie mieć mogą i muszą jedynie normy prawa powszechnego, z uwzględnieniem zasad umownych, zawartych w wewnętrznym regulaminie, opracowanym dla swej klienteli przez P. K. O.[70]).

---

[67]) W **Niemczech** instytucja omawiana uregulowana została przez „Postscheckgesetz“ z dn. 22. III. 1921 (R. G. Bl. 247), z późniejszymi zmianami; we **Francji** — przez loi du. 7 janvier 1918.

[68]) **„Przepisy o obrocie czekowym Pocztowej Kasy Oszczędności“**, Warszawa 1936.

[69]) Natomiast w **literaturze francuskiej** — wprawdzie opartej na prawie przedgenewskim — znajdujemy poglądy diametralnie przeciwne: **Peuquet H.: op. c.** str. 20 „Disions tout de suite qu'à notre avis le chèque postal est bien **„un chèque“**. C'est un chèque d'une nature à la vérité, très particulière, retrécie si l'on peut ainsi l'éxprimer, et amputée d'une partie importante de ses attributs par rapport au chèque de banque“.

[70]) Z tych samych powodów, dla których nie można uznać wprowadzonych przez P. K. O. czeków „przelewowych“ i „przekazowych“, nie można również uznać za czeki w znaczeniu ustawowym tzw. **„czeków zbiorowych“** i **„czeków stałych“**, również wprowadzonych do obrotu P. K. O.

Czek zbiorowy polega na tym, iż w przypadku, gdy właściciel konta czekowego ma wystawić jednocześnie większą ilość czeków przelewowych lub przekazowych, może to sobie ułatwić przez wystawienie czeku zbiorowego, przelewowego lub przekazowego. Czek zbiorowy wypełnia się na tym samym blankiecie, co czek pojedyńczy, i wystawia się na ogólną sumę

3. — Oznaczona suma pieniężna. Udzielone przez wystawcę polecenie zapłacenia odnosi się — zgodnie z wyraźnym brzmieniem prawa polskiego — do oznaczonej sumy pieniężnej. W poszukiwaniu obiektywnego kryterium, mogącego służyć do wyeliminowania spod zasięgu czekowego dokumentów, nie będących czekami w znaczeniu ustawowym, ograniczymy się jedynie do badania pojęcia *„suma pieniężna“* w znaczeniu najszerszym, przy porównaniu pojęcia tego z innymi możliwymi pojęciami świadczeń dopuszczalnych w obrocie handlowym[71]). — Podkreślić bowiem należy, iż teoria prawa czekowego zna trzy oznaczenia sumy czekowej, wytworzone w stale rozwijającej się praktyce obrotu czekowego. Możliwe są bowiem oznaczenia następujące: 1-o czeki, w których suma czekowa oznaczona jest pieniężnie *(„Geldscheck“);* — 2-o czeki z poleceniem wydania określonych papierów wartościowych *(„Effektenscheck“)* — oraz 3-o czeki opiewające na określoną ilość pewnego towaru *(„Warenscheck“).* To teoretyczne rozróżnienie posiada w chwili obecnej znaczenie tylko akademickie, gdyż zarówno doktryna prawa czekowego[72]), jak i krajowe systemy tego prawa[73])

---

przelewów, (względnie przekazów); do blankietu tego dołącza się odpowiednią ilość **dokładnie wypełnionych dowodów przelewu** (względnie — specjalnie do tego przeznaczonych przekazów) — na właściwym zaś czeku dopisuje się słowa „według załączonego spisu“ i podaje się ilość pozycyj przelewów (lub przekazów).

Czek stały polega na tym, że w przypadku, gdy właściciel konta czekowego chce za pomocą czeku dokonywać **wpłat terminowych, przelewowych lub przekazowych, stale powtarzających się w tej samej wysokości** oraz przeznaczonych **dla jednej i tej samej osoby,** może wydać odpowiednie zlecenie P. K. O. uskuteczniając powyższe za pomocą tzw. **czeku stałego przelewowego** (lub przekazowego), przez wypisanie na blankiecie zwykłego czeku **dyspozycji periodycznych wypłat.** Terminowe przekazy (lub przelewy) wypełnia w odpowiednich terminach P. K. O. tak długo, dopóki wystawca czeku stałego nie nadeśle podpisanego przez siebie **odwołania.** — Mimo użycia przez P. K. O. dla dokumentów tych nazwy **„czek“** — nie mogą one w żadnym przypadku być podciągnięte pod przepisy prawa czekowego, gdyż dokumenty te nie są w ogóle czekami. — Por. **Szczygielski A. D.: op. c.** (Gaz. Sąd. Warsz. Nr 37—38 36, str. 509).

[71]) Celowo więc opuszczamy szczegółową analizę pojęcia **„sumy pieniężnej“,** odsyłając czytelnika do naszych badań nad powyższym zagadnieniem na łamach Gazety Sądowej Warszawskiej z r. 1936, Nr 37 i nast.).

[72]) **Pavlicek A.: op. c.** str. 27: „...der Check lautet stets nur auf eine Geldsumme...“; — **Kuhlenbeck L.: op. c.,** str. 96: „der Check muss enthalten... die Angabe der zu zahlenden Geldsummen...“; — **Michaelis R.: op. c.** § 1 uw. 10: „Die Anweisung muss auf Zahlung einer besimmte Geldsumme lauten...“; — **Kuratow M.: op. c.** art. 92: „...w rozważanym zagadnieniu prawo czekowe rządzi się zasadą prawa wekslowego: suma może być jedynie pieniężna, innej prawo nie uznaje...“; — **Wróblewski St.: op. c.** wyd. 1930, str. 270: „Czek musi opiewać na pieniądze; czek na papiery wartościowe nie podpada pod art. 1“; **Wróblewski St.: „Ustawa z dn. 3. IV. 1906 o czeku“,** str. 6: „Niema czeku w rozumieniu niniejszej ustawy, jeżeli polecenie zapłaty ma za przedmiot oznaczoną ilość papierów wartościowych“; — **Howorka M.: op. c.** str. 50: „Nie może wystawić czeku na towary lub określone banknoty (np. sto-złotówki)...“

[73]) W szczególności oparte na systemie prawnym, przyjętym przez jednolite **prawo genewskie.**

wyłączyły spod zasięgu prawa czekowego czeki nie opiewające na sumę pieniężną. Obowiązujące prawo polskie w sposób zdecydowany stwierdza, iż polecenie zapłacenia, (stanowiące „*essentiale*" czeku), odnosić się musi do określonej sumy pieniężnej (art. 1 p. 2 in fine); przepis ten usuwa wszelkie wątpliwości, jakie mogły zachodzić co do charakteru sumy czekowej, i jednocześnie *a limine* usuwa spod mocy obowiązującej prawa czekowego czeki opiewające na papiery wartościowe lub towary.

Czeki towarowe i czeki na papiery wartościowe nie są czekami w znaczeniu ustawy czekowej. Dokumenty tego rodzaju wytworzone zostały jedynie w zeszłym stuleciu przez praktykę obrotu[74]). Współczesne jednak warunki tego obrotu, coraz mniej sprzyjające stosowaniu takich czeków, powoli przyczyniły się do zaniku omawianych dokumentów. Czeki towarowe, nawet w praktyce obrotu, opartego na *clearing'u* i powojennym systemie handlu kompensacyjnego, nie znalazły szerszego zastosowania w życiu gospodarczym, gdyż wygodniejszy od nich instrument obrotu bezspornie stanowią *papiery towarowe* lub *dowody składowe* (warrant i rewers). Czeki natomiast na papiery wartościowe, mimo nieuznania ich za czeki w znaczeniu właściwym[75]), do dnia dzisiejszego znajdują swe zastosowanie w praktyce obrotu, w szczególności — bankowego. Ze względu jednak na swój charakter prawny, do tego typu dokumentów zastosowanie mieć mogą jedynie przepisy prawa powszechnego, oraz — o ile z istotą dokumentu nie stoi to w sprzeczności — przepisy prawa bankowego; nadto w przypadkach takich oparcie prawne znajdujemy w regulaminach wewnętrznych instytucyj bankowych, w wytworzonych przez nie wspólnych zasadach clearingowych, oraz w przyjętych w danym środowisku *usance'ach* bankowych.

---

[74]) Po raz pierwszy czeki na papiery wartościowe wprowadził do obrotu **we Wiedniu „Giro — und Kassenverein"**. Czeki takie do dnia dzisiejszego są stosowane w użyciu przez **berliński** „Kassenverein", w szczególności w stosunkach giełdowych z wielkimi bankami, przechowywującymi w swych depozytach papiery wartościowe oraz akcje; jak jednak stwierdza doktryna niemiecka — obrót tymi czekami odbywał się **poza granicami prawa czekowego**, i regulowany był przepisami prawa powszechnego (§§ 783 i nast. B. G. B.) o zleceniu (**Michaelis R.: op. c.** § 1 uw. 10).

[75]) Do dnia dzisiejszego nie straciły na aktualności uwagi w przedmiocie tym wygłoszone przez **Kuratowa M. (op. c.** str. 91), który stwierdził, iż „...różnica między czekiem **pieniężnym** a czekiem **na papiery wartościowe**, jest zasadniczo wielka: czek pieniężny... jest rzeczywistym narzędziem płatniczym, czek na papiery wartościowe brzmi na objekty handlowe, które są towarami w obszerniejszym znaczeniu tego wyrazu. Pojęcie towarów lub papierów wartościowych jest wprost odmienne od pojęcia uiszczenia, i użycie ich do spełnienia funkcji czysto płatniczej byłoby równoznaczne z identyfikowaniem monety gotówkowej z towarami lub znakami wartościowymi, nie mającymi kursu stałego...".

Adw. Dr STEFAN ROSMARIN
Lwów.

Znaki towarowe przedsiębiorstw naruszających prawo publiczne.

Kodeks handlowy z r. 1934 postanawia w art. 11, że „*przepisy... kodeksu, dotyczące kupców, stosuje się do prowadzących przedsiębiorstwa zarobkowe nawet wówczas, gdy prawo publiczne zakazuje im prowadzenia takich przedsiębiorstw lub zezwolenie na prowadzenie uzależnia od dopełnienia pewnych warunków*".

Komentator kodeksu, prof. Maurycy Allerhand[1]) daje przykłady: adwokat, naruszający zakaz zawarty w prawie o ustroju adwokatury[2]); notariusz, trudniący się handlem wbrew prawu o notariacie[3]); urzędnik, naruszający przepisy pragmatyki[4]) — w rozumieniu k. h. są kupcami, mimo nielegalności ich działania. Kupcem jest też, odnośnie zabronionych mu czynności, makler giełdowy, dokonujący transakcji na własny rachunek[5]); prywatny zawodowy dyskonter, który nie uzyskał koncesji, wymaganej przez prawo bankowe[6]); osoba prawna, przekraczająca statutowy zakres działania.

Przepis taki istniał też w austriackim i niemieckim k. h. (art. 11 austr. k. h.; § 7 niem. k. h.). W kodeksie austriackim mowa była wprawdzie tylko o wymogach ustaw przemysłowo-policyjnych i przemysłowo-podatkowych, ale chodziło o to samo, co w k. h. 1934: o zagadnienie naruszenia przepisów prawa publicznego co do zakazów i ograniczeń prowadzenia przedsiębiorstw. Kodeks handlowy z r. 1934 wskazuje wyraźnie, że art. 11 odnosi się do zakazów i ograniczeń subiektywnych, tj. dotyczących danej osoby („zakazuje im..."), nie zaś do działalności, która jest obiektywnie zakazana, np. przestępstwa kryminalne.[7]) Handel

---

[1]) **Allerhand**, Kodeks Handlowy, Lwów, 1935, do art. 11.
[2]) Obecnie art. 83 ustawy z 4. V. 1938, DU. 289.
[3]) Art. 16 zd. 2 RPR. z 27. X. 1933, DU. 609.
[4]) Art. 29 ust. z 17. II. 1922, DU. 164.
[5]) § 13 RMPH z 15. III. 1927, DU. 292 i § 14 RMSk. z 26. XI. 1928, DU. 30.
[6]) RPR. z 17. III. 1928, DU. 321; por. wyroki OPA. VI, 1664, 1669, 1701 i 1734.
[7]) **Allerhand**, L. c., uw. 7 do art. 2; **Wróblewski**, Komentarz do K. H. cz. I., Kraków, 1935, uw. 1 do art. 11; **Wieland**, Handelsrecht, I., 1931, 96. Także co do dawnej francuskiej patente rozstrzygano tak samo dla zakresu prawa handlowego: „une personne assujetie à la patente mais que, en fait, y échappe, sera néanmoins commerçant, pourvu, bien entendu, que sa

żywym towarem lub niewolnikami jest wszak *„handlem“* tylko w pewnym przenośnym znaczeniu.

Uzasadnienie normy, zawartej w art. 11 k. h. 1934, jest jasne. Przepis ten nie dopuszcza, aby ktoś, kto narusza prawo publiczne, mógł następnie powołać się na to naruszenie dla zrzucenia z siebie rygorów prawa handlowego; daje też ochronę osobom trzecim, albowiem nie można od obrotu handlowego żądać ustawicznej kontroli, czy istnienie lub wykonywanie przedsiębiorstwa przez kupca-kontrahenta, zgodne jest z subiektywnymi zakazami i ograniczeniami prawa publicznego. Tylko o to chodzi, o dziedzinę obrotu handlowego, w którym obowiązują specjalne normy stanu kupieckiego. Dlatego art. 11 k. h. zajmuje się jedynie stosowaniem „przepisów kodeksu niniejszego, dotyczących kupców“; ogranicza zatem wyraźnie swoje znaczenie do zagadnień stosowania postanowień tego kodeksu. Aczkolwiek art. 2 k. h. 1934 nie podkreśla (odmiennie niż art. 4 austr. k. h.), iż daje określenie pojęcia kupca *„w rozumieniu tej ustawy“*, to jednak rozumie się to samo przez się: pojęcie kupca z k. h. 1934, nawet przy uwzględnieniu art. 11-go, jest pojęciem ustanowionym dla zakresu tego kodeksu[8]).

Mimo te dość oczywiste konkluzje, rozważyć się musi zagadnienie, praktycznie ogromnie ważne: czy art. 11 k. h. 1934 ma znaczenie także dla innych dziedzin, w szczególności dla dziedziny prawa ochrony znaków towarowych. Czy więc *„prowadzących przedsiębiorstwo zarobkowe“* można uważać za posiadaczów przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa o ochronie znaków towarowych[9]) *„nawet wówczas, gdy prawo publiczne zakazuje im prowadzenia takich przedsiębiorstw lub zezwolenie na prowadzenie uzależnia od dopełnienia pewnych warunków“*, (w konkretnym przypadku niespełnionych)? — Czy zatem traktować należy art. 11 k. h. 1934 jako przejaw szerszej zasady, znajdującej zastosowanie także w tym dziale prawa, ściśle związanym ze stosunkami handlowymi — czy też jest to właśnie wyjątek, nie mający zastosowania poza zakresem k. h., a w szczególności niestosowany w dziedzinie prawa o znakach towarowych?

Pytać więc trzeba dalej, przykładowo: czy adwokat, notariusz, urzędnik, makler, może wbrew prawu publicznemu uzyskać rejestrację znaku towarowego dla swego przedsiębiorstwa? Czy można zarejestrować znak dla przedsiębiorstwa, nie posiadającego wymaganej koncesji, czy innego

---

profession soit classée dans le ressort de droit commercial“. — **Thaller-Percerou:** Traité él. de dr. comm., 8 wyd., Paris, 1931, I, Nr 57.

[8]) Por. **Pisko,** w Staubs Kommentar zum A. D. HGB., 3 wyd., Wien, 1935, § 1, I. do art. 11.

[9]) RPR. z 22. III. 1928, o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych, DU. 384.

analogicznego uprawnienia? Czy przedsiębiorstwo, naruszające postanowienia o obowiązku wykupna świadectw przemysłowych (obecnie: kart rejestracyjnych), może ważnie nabyć prawo z rejestracji znaku?

Wielką jest waga tego zagadnienia. Przede wszystkim: świat stał się dziś trudny. Zakazy i ograniczenia publiczno-prawne są obecnie niesłychanie liczne. Całe życie gospodarcze spowite jest w gęstą sieć ograniczeń, reglamentacji, koncesji, zakazów: o naruszenie ograniczeń i zakazów jest więc bardzo łatwo. Możliwość istnienia przedsiębiorstw *nielegalnych* z punktu widzenia prawa publicznego, a więc naruszających swym istnieniem przepisy *„przemysłowo-policyjne"* lub *„przemysłowo-podatkowe"*, jest wielka. Po drugie: stała judykatura Urzędu Patentowego (Wydziału Zgłoszeń, Spraw Spornych i Odwoławczego) uznaje istnienie *„przedsiębiorstwa"* w chwili rejestracji za nieodzowny warunek ważnej rejestracji znaku towarowego[10]). Judykatura ta jest rzeczywiście uzasadniona, gdyż prawo z r. 1928 łączy znak nierozerwalnie z przedsiębiorstwem (art. 174 ust. 1 i 2; 177 ust. 1 c.; 179—181, 185, 186, 188 i inne). Palące więc jest zagadnienie, czy przedsiębiorstwo, którego prowadzenie stanowi naruszenie zakazów lub ograniczeń prawa publicznego (art. 11 k. h. 1934), jest przedsiębiorstwem w rozumieniu powołanych przepisów prawa o ochronie znaków towarowych. Innymi słowy: czy takie przedsiębiorstwo (które odtąd będziemy nazywać nielegalnym), może ważnie zarejestrować znak towarowy? — Gdyby odpowiedź wypadła przecząco, Wydział Zgłoszeń musiałby rejestracji odmówić, a ewentualnie dokonana rejestracja musiałaby być unieważniona (art. 183) na skutek skargi, wytoczonej w obronie *wolności handlowej* (art. 192).

Otóż rzeczywiście odpowiedź musi być negatywna. Przedsiębiorstwo nielegalne nie jest przedsiębiorstwem w rozumieniu prawa o ochronie znaków towarowych, a prawo z rejestracji znaku, uzyskanej przez takie przedsiębiorstwo musi być uznane za nieważne, dla braku warunków z art. 174.

Oczywiście, samo wskazanie na brzmienie art. 11 k. h. 1934, który zajmuje się jedynie zagadnieniem stosowania przepisów k. h. nie wystarcza: art. 11 mógłby bowiem być przejawem zasady ogólniejszej. Ale równie bezzasadnym by-

---

[10]) Orzeczenie wydziału Spr. Spornych Sp. 370/30 z 19. XI. 1930, cyt. Ponikło-Gutowski, Polskie prawo patentowe z komentarzem, Warszawa, 1935, 181: „Jednym z bezwzględnych warunków ważności rejestracji znaku jest istnienie przedsiębiorstwa w chwili rejestracji; jedynie wraz z przedsiębiorstwem — zgodnie z art. 185 — znak jest przedmiotem własności i innych praw rzeczowych. Jeżeli w chwili rejestracji znaku przedsiębiorstwo jeszcze nie istniało, lecz zostało uruchumione dopiero w czasie późniejszym, należy rejestrację, jako dokonaną mimo istnienia przeszkody prawnej do jej powstania wymienionej w art. 174, unieważnić".

łoby zadowolenie się samym wskazaniem na brak w prawie o ochronie znaków towarowych zastrzeżenia, że przedsiębiorstwo musi istnieć legalnie. Termin „przedsiębiorstwo" może sensownie oznaczać w RPR z r. 1928 zarówno przedsiębiorstwa faktyczne, istniejące bez względu na zakazy i ograniczenia publiczno-prawne, jak i tylko przedsiębiorstwa kwalifikowane, tj. istniejące legalnie, zgodnie z wymogami prawa publicznego. Samo brzmienie użytych w ustawie słów, jak zwykle, sprawy nie rozstrzyga.

Decydować musi natomiast wzgląd inny: argument z woli ustawodawcy, jaka się w normie przejawia. Uświadomić sobie trzeba zasadniczą różnicę między podstawowymi ideami, które rządzą *„stosunkami handlowymi"* (art. 1 k. h.), należącymi do dziedziny prawa prywatnego, a zasadami prawa publicznego. A przecież prawo ochrony znaków towarowych, o ile reguluje sprawy rejestracji i unieważnienia, bez wątpienia należy do domeny prawa publicznego. Cele i zadania art. 11 k. h. 1934 już znamy: chodzi o pewnego rodzaju *„autonomię"* prawa prywatnego, o stworzenie specjalnego pojęcia *„kupca"*. Natomiast *régime* znaków towarowych, o ile należy do właściwości Urzędu Patentowego (art. 175 i 192), pod zwierzchnią kontrolą N. T. A. (art. 210) jest domeną prawa publicznego, jest funkcją administracji. Na specjalne cele i zadania, uzasadniające art. 11 k. h. 1934, niema więc miejsca w tej dziedzinie, pozostającej — mimo ścisłe związki z obrotem handlowym prywatno-prawnym — pod rządem innych norm i innych zasad. Odmienna w niej jest wola ustawodawcy, dotyczy bowiem odmiennych spraw, niż w k. h.

Zważyć trzeba, że rejestracja znaku towarowego, t. j nadanie wyłączności oznaczania towaru znakami (art. 174), jest stworzeniem pewnego przywileju, — pewnej specjalnie chronionej i wyróżnionej sytuacji prawnej. Oczywiście nie chodzi nam o historyczną genezę znaków towarowych z przywileju, nadawanego wedle uznania indywidualnie odrębnym aktem. Prawo o ochronie znaków towarowych opiera się dziś na innych podstawach, a mianowicie na powszechnej dostępności tego *„przywileju"*, o ile tylko spełnione są warunki ustawowe[11]). Mimo to, nadanie wyłączności przez akt rejestracji znaku (art. 174, 193 i n.), jest także dziś bez wątpienia nadaniem, a w każdym razie ustaleniem prawa podmiotowego monopoliczne-

---

[11]) Bez znaczenia jest w tej chwili, czy prawo nasze stosuje konsekwentnie system tzw. formalny, czy też kombinuje go z systemem tzw. meldunkowym; o tym Paszkowski, Powstanie prawa do znaku towarowego a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa, 1935, 7 i n. Dla uproszczenia mówimy tu w d. c. tylko o prawie, powstającym przez rejestrację.

go: jest więc stworzeniem wyróżnionej odrębną ochroną sytuacji publiczno-prawnej. Sytuację tę chronią przepisy prawa administracyjnego (art. 179 i 181), karnego (art. 190 i 191) i prywatnego (art. 188). Prawo z rejestracji znaku może zatem słusznie być uznane za rodzaj publiczno-prawnie uprzywilejowanej sytuacji.

Jest otóż powszechną w prawie publicznym zasadą (przejawem woli ustawodawcy), wyrażaną w różny sposób, ale zawsze tą samą, — że ważność ulg, przywilejów i innych specjalnie wyróżnionych lub chronionych sytuacyj, zależy w prawie publicznym od tego, aby sytuacje te istniały legalnie — aby nie stanowiły same naruszenie prawa publicznego. Ustawodawca chce specjalnie uprzywilejować, szczególnymi uprawnieniami obdarzyć, jedynie wtedy, gdy odnośne sytuacje nie są zarazem pogwałceniem zakazów i ograniczeń, ustanowionych przez prawo publiczne. Przywilej, ulga, specjalne uprawnienie, istnieją tylko dla sytuacji legalnych. Inaczej bowiem ustawa publiczno-prawna nie tylko chroniłaby, lecz nawet jeszcze by nagradzała tego, który narusza normy prawno-publiczne. Ustawa przyznawałaby monopoliczną wyłączność temu, kto nie uczynił zadość wymogom prawa publicznego co do istnienia przedsiębiorstwa, wyposażonego w tę wyłączność. Nie odpowiada to woli ustawodawcy, aby zamykać tu oczy na naruszenie jego własnych zakazów i ograniczeń — co więcej, wynagradzać, szczególnie chronić, wyróżniać przedsiębiorcę, który nie ma koncesji, albo karty rzemieślniczej, albo świadectwa przemysłowego (karty rejestracyjnej), albo narusza zakazy ustanowione ustawą ze względów stanowych. Nie jest to wprawdzie żadna „logiczno-prawnie konieczna" zasada: jest to jednakże wola ustawodawcy, czyli prawo pozytywne.

Nie można — jak to już podnieśliśmy — wniosku tego, opartego na uświadomieniu sobie podstawowych zasad naszego prawa publicznego, obalać wskazaniem na brak takiej wyraźnej, tj. wyrażonej w prawie o ochr. znak. tow., normy. Wykładnia, o ile ustalona przezeń wola ustawodawcy mieści się w szacie słownej przepisu, nie musi mieć wyraźnych przepisów[12]). Całe prawo, a szczególnie prawo publiczne, jest przecież splotem norm wyrażonych i niewyrażonych. Z poszczególnych przejawów normy często wnosić można i trzeba o istnieniu zasady ogólnej. Dlatego przede wszystkim w prawie publicznym widoczne jest, iż tzw. argument *a contrario* i z analogii, są jedynie wynikiem wykładni, a nie wskazówką[13]). Dlatego też właśnie w prawie

---

[12]) Stwierdza to, specjalnie dla prawa ochrony znaków towarowych, prof. **Zoll** w gl. OPA. VII. 2234, uw. 1 na str. 394.

[13]) Por. **Alf. Ross**, Theorie der Rechtsquellen, Wien 1929, 346: „...alle diese Auslegungs- u. Ausfüllungsmittel (sind) Künste, die eines obiektiven

publicznym judykatura i nauka są „twórcze“ w tym znaczeniu, że uświadamiają zasady niewyrażone, a jednak jako wola ustawodawcy obowiązujące.

Przejawów wydobytej przez nas ogólniejszej zasady (ulgi i przywileje przyznaje się jedynie sytuacjom legalnym), znajdujemy wiele.

Ustawa o ochronie lokatorów ma niewątpliwie wiele elementów prawa publicznego, *quod privatorum pactis mutari nequit i ad statum reipublicae spectat.* Otóż w dziedzinie tej uznał Sąd Najwyższy, że szczególna ochrona nadana jest tylko przedsiębiorstwom legalnym; przedsiębiorstwa prowadzone bez karty przemysłowej i tzw. patentu (świadectwa przemysłowego), nie są przedsiębiorstwami legalnymi[14]).

Tak samo jedynie legalnie wystawione budynki uważane są za budynki nowe[15]). Nie rozstrzyga więc fakt, lecz kwalifikacja prawna.

Możnaby mieć wątpliwości, czy rzeczywiście naruszenie pragmatyki cywilnej musi być brane przez władze przemysłowe pod uwagę, zgodnie z poglądem, że urzędnik nie może ważnie nabyć koncesji ani innego analogicznego uprawnienia wbrew pragmatyce[16]); w każdym razie jednak naruszenie innych zakazów i ograniczeń publiczno-prawnych musi być przy zgłoszeniu przemysłu i nadaniu uprawnień wzięte pod rozwagę. Orzekł tak NTA w wyroku z 27. I. 1931 LR. 4628/28[17]):

Charakters entbehren, u. die, nachdem man aus anderen Gründen sich für eine gewisse Lösung entschieden hat, angewendet werden...“.

[14]) Sąd Najwyższy, orz. z 10. XII. 1924, Rw. III 1874/24, PPA. 1925, 121.

„Istnienie karty przemysłowej i patentu nie jest rzeczą zupełnie obojętną. Jeżeli powódka żąda prawnej ochrony swej pracy krawieckiej... to powinna wykazać, że pracę tę wykonuje w sposób prawny (§ 11/2. 14/1 i 132 lit. a ust. przem. i art. 126 ust. o podatku przem. Nr 140/22 DU.). Stanu bezprawnego prawo nie ochrania (por. §§ 879 i 914 k. c.), gdyż trudno wówczas mówić o wykonywaniu przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 10 3 lit. d) ustawy o ochr. lok. z dnia 18 grudnia 1920 r. Nr 19/21 D. U. — A obojętną jest rzeczą, czy bezprawność wynika z ustawy cywilnej, czy z innej ustawy prawa publicznego; wszak ustawa o ochronie lokatorów ma wybitne znamiona prawa publicznego“.

[15]) Orz. cyt. w **Fenichela**, Ustawa o ochronie lokatorów, Kraków, 1937, 40.

[16]) Por. dyskusję w **Hellera**, Kommentar zur Gewerbeordnung, Wien, 1912, I; **Laun**, Das Recht zum Gewerbebetrieb, Wien, 1908. Ważność koncesji przyjmuje NTA. w wyr. z 18. I. 1935, LR. 1815/31 co do konc. aptekarskich; **Stefan Rosmarin**, Sukcesja w uprawnienia przemysłowe, Lwów, 1935, 7. — Por. o tym **Langrod**, Zagadnienia wybrane z praktyki administracyjnej, Kraków, 1938, Nr 5 (OPA. VI, 1720).

[17]) **Ślaski**, Prawo przemysłowe, Warszawa, 1934, 45.

„Niezależnie jednak od tych przewidzianych w prawie przemysłowym norm, tak formalnych jak i merytorycznych, warunkujących przyjęcie do wiadomości zgłoszenia lub też nadanie koncesji, cytowane rozporządzenie (pr. przem.) postanawia w art. 6 odnoszącą się do wszelkich rodzajów

Przypomnimy dalej, że austriacki N. T. orzekł słusznie, iż nie może powoływać się na przywileje egzekucyjne, ustanowione dla rzemieślników i przemysłowców dłużnik, który wprawdzie faktycznie wykonuje odnośne zajęcie, ale czyni to bez uprawnienia przemysłowego[18]). Ciekawe są wywody uzasadnienia tej uchwały:

„Skoro ustawa określa jako nie podlegające zajęciu przedmioty, potrzebne do osobistego kontynuowania działalności zarobkowej, to oczywiście ma na oku tylko zarobkowość dopuszczalną wedle obowiązujących ustaw... Jeżeli ustalonym jest, że używanie wyłączyć się mających przedmiotów było czynnością niedopuszczalną, a nawet karalną, wówczas po stronie zobowiązanego brak interesu godnego ochrony. Państwowy porządek prawny uważać trzeba za jedność i nie można przyjąć, że ustawodawca przez przepisy prawa egzekucyjnego umożliwić chce działalność, której zakazuje i którą karze. Gdy w tym związku wskazuje się na § 11 k. h. austr. i inn. postanowienia, wedle których czynności prawne w przedsiębiorstwie wedle prawa przemysłowego niedozwolonym, mają pod względem prywatno-prawnych skutków te same skutki, co czynności prawne w przedsiębiorstwie dopuszczalnym, to analogia nie istnieje. Przekroczenie przepisów prawa przemysłowego naturalnie nie może zwalniać od prywatno-prawnych następstw czynnści prawnych. Z tego jednak nie wynika, iż ustawa popierać chce zarobkowość, którąby z konieczności była przekroczeniem przepisów prawa przemysłowego“.

Czyż nie taki sam bieg myśli zastosować trzeba przy problemach ochrony znaków towarowych? — Wskażemy też, że austriacki Trybunał Administracyjny w stałym orzecznictwie przyjmuje, że warunkowe zwolnienie od opłat stemplowych, przyznane „korespondencji kupców i przemysłowców“ nie przysługuje „faktycznym“ kupcom i przemysłowcom, lecz jedynie przedsiębiorstwom, istniejącym zgodnie z przepisami prawa przemysłowego i innych ustaw publiczno-prawnych[19]).

Ważną dla problemu jest też dyskusja w związku z zagadnieniem opodatkowania sytuacyj nielegalnych. Otóż spór toczy się jedynie o to, czy sytuacje nielegalne podlegają opodatkowaniu, czy też nie. Niemiecka ustawa rozstrzyga dziś tę sprawę ogólnie w sensie twierdzącym[20]). U nas brak wprawdzie ogólnego przepisu, ale istnieją również niektóre przepisy szczegółowe, w których ustawodawca wyraża swą wolę obłożenia podatkiem także przebiegów

działalności przemysłowej zasadę, że prowadzenie przemysłu podlega również przepisom ustaw podatkowych, celnych i innych; z takiego zaś rozplanowania przepisów rozporządzenia o prawie przemysłowym, tudzież z ducha i litery art. 6 wynika, że pomimo wykonania przez stronę wszystkich wskazanych w tej ustawie warunków, władza może nie przyjąć do wiadomości zgłoszenia, względnie może odmówić udzielenia koncesji na prowadzenie przemysłu, jeżeli jedno lub drugie nie odpowiada wymogom specjalnych ustaw, o których mowa w art. 6“.

[18]) Orzeczenie Najw. Tryb. we Wiedniu z 5. IV. 1933, 2 Ob. 290, ogł. w Zentralblatt f. d. jur. Praxis, 1933, 244, do § 251, L. 6 o. e.

[19]) Zbiór Budwinsky'ego F. 14375, 14621, 14971 cyt. Pisko, L. c. 102.

[20]) § 5 St. Anp. G. z 16. X. 1934 RGBl. I, 925.

nielegalnych. I tak art. 1 ust. 2 nowej ustawy z 4. V. 1938 o podatku obrotowym DU. 292 postanawia, iż „*obowiązek podatkowy istnieje niezależnie od tego, czy wykonywanie świadczeń... odbywa się zgodnie z zachowaniem warunków prawem przepisanych*". — Art. 8 prawa karno-skarbowego zastrzega wyraźnie, że orzeczenie zapadłe w postępowaniu karnym nie zwalnia od obowiązku uiszczenia należności skarbowej. Również Sąd Najwyższy i NTA w szeregu orzeczeń uznawały konieczność opodatkowania przebiegów (przedsiębiorstw) sprzecznych z prawem publicznym[21]).

W każdym razie chodzi tu jednak tylko o sprawę, czy sama nielegalność nie stoi na przeszkodzie opodatkowaniu. Nie roztrzyga się jednak (ani w ustawach ani w orzecznictwie ani w nauce) w sensie twierdzącym zagadnienia, czy ulgi służą także nielegalnym sytuacjom. W tym kierunku niema w naszym prawie żadnych pozytywnych przepisów, któreby tę ulgę przyznawały np. przedsiębiorstwom nielegalnym. Przeciwnie, uważne studium odnośnych przepisów wskazuje właśnie na wolę przeciwną[22]). Co więcej, właśnie zwolennicy opodatkowania sytuacyj nielegalnych sięgają do argumentu, że zwolnienie sytuacyj nielegalnych od podatku byłoby naruszeniem równomierności i niesłusznym uprzywilejowaniem osób, naruszających prawo. Przy ulgach, gdyby je przyznać także przedsiębiorstwom nielegalnym, byłoby tak samo: przyznanym byłby przywilej podatkowy przedsiębiorstwom naruszającym prawo, z ostateczną szkodą dla płatników, którzy o to prawo dbają. Przeciw przyznaniu ulg (przywilejów) podatkowych przedsiębiorstwom nielegalnym przemawiają nawet argumenty przeciwników opodatkowania sytuacyj nielegalnych: że państwo nie może traktować jako istniejące przebiegów, które naruszają prawo, gdyż stanowiłoby to sprzeczność z jego własnymi celami i ustawami. W jednym z wyroków powiada S. N.: „*przedsiębiorstwo takie, jako przez prawo niedopuszczalne, musi być zamknięte i nie może stwarzać żadnych praw...*"[23]). W dziedzinie podatków niewątpliwie więc przyznanie ulg przedsiębiorstwom nielegalnym nie odpowiada woli ustawodawcy.

---

[21]) Sąd Najwyższy, Izba Karna, s. 2, 4. V. 1936, 2 K 324/36, OPA. VI, 1664; NTA., 21. V. 1937, LR. 3139/34, OPA. VI, 2023.

[22]) Np. w dziedzinie dawnego podatku przemysłowego § 11 (2) rozp. wyk. przyznaje ulgę zakładom naukowym, prowadzonym na podstawie właściwych orzeczeń władz państwowych; § 23 przyznaje ulgowe opodatkowanie „sprzedaży znaczków stemplowych na podstawie udzielonych przez właściwe władze koncesyj"; § 41 ust. 5 i 6 wymaga dla zastosowania ulgi z art. 8 p. 5 karty rzemieślniczej; w § 65 ust. (5) lit. d jest żądanie koncesji lub specjalnego zezwolenia Min. Sk.; w dziedzinie państw. podatku od nieruchomości: art. 2 p. 7 wspomina o szpitalach z art. 3 lit. a RPR. DU. 382/28; itp.

[23]) N. S. Izba Karna, s. 3, z 2. XI. 1936, 3 K 1621/36, OPA. VI, 1701.

Podniesiemy jeszcze dalsze przejawy zasady, o której mówimy:

„Jeżeli dla prowadzenia przedsiębiorstwa wymagane jest, ze względu na jego przedmiot, uprzednie zezwolenie (koncesja) władzy administracyjnej, sąd rejestrowy może wpisać kupca do rejestru handlowego dopiero po złożeniu przez niego takiego zezwolenia".[24])

Nie może zatem władza rejestrowa zamykać oczu na nielegalność przedsiębiorstwa, mimo art. 11 k. h. 1934. — Zacytujemy wreszcie, że słusznie Kraus i Zoll przyjmują:[25])

„wyłączność w oznaczaniu przedsiębiorstwa wzgl. towarów istnieje i będzie chroniona przez postanowienia ustawy o nieuczciwej konkurencji jedynie pod warunkiem, że używanie danych oznaczeń jest używaniem prawnym, tj. że nie jest pogwałceniem żadnego przepisu prawno-administracyjnego".

A przecież prawo ochrony znaków towarowych uchodzi za człon prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szerszym znaczeniu.

Na koniec zaznaczyć wypada, że chociaż ani art. 174, ani przepisy wydane przez Prezesa Urzędu Patentowego (z dn. 27. III. 1931), na podstawie art. 194 ust. 4 nie wymagają uprzedniego złożenia dowodu uczynienia przez przedsiębiorstwo zadość wymogom prawa publicznego, Urząd Patentowy (Wydział Zgłoszeń) w praktyce zazwyczaj wymaga przedłożenia wyciągu z rejestru lub świadectwa przemysłowego. Czyżby wymóg ten miał być pustą formalnością?

Właściwa wykładnia przepisów prawa o ochronie znaków towarowych prowadzi zatem do wyniku, że przedsiębiorstwa prowadzone w chwili rejestracji z pogwałceniem tych przepisów prawa publicznego, o których mowa w art. 11 k. h. 1934, nie mogą nabyć ważnie prawa z rejestracji znaku towarowego. Prowadzenie przedsiębiorstwa np. bez koncesji, albo bez karty rzemieślniczej, bez zgłoszenia, bez świadectwa przemysłowego (karty rejestracyjnej), wbrew przepisom ustaw pragmatycznych itp., a zatem z naruszeniem prawa publicznego (którego zakazy obłożone są często sankcją karną i groźbą zamknięcia przedsiębiorstwa, np. art. 126 i 140 pr. przem., art. 178 § 1 i 192 ord. pod., art. 22 ust. z 25. IV. 1938 DU. 293) — stoi na przeszkodzie nabyciu wyłączności z art. 174. Niema przyczyny, aby z naruszeniem powszechnej zasady prawa publicz-

[24]) § 51 RMSpr. z 1. VIII. 1934 o rej. handl., DU. 511; **Allerhand**, L. c., uw. 3 do art. 11.

[25]) **Kraus-Zoll**, Polska ustawa o zwalcz. nieuczciwej konkurencji, Poznań, 1929, 88.

nego przyjmować co innego dla prawa ochrony znaków towarowych[26]).

Podkreślić trzeba, że omawiamy tu jedynie wykładnię R. P. R. o ochronie znaków towarowych. Teoria interpretacji uczy nas przecież, że ten sam termin, to samo słowo, może w różnych ustawach, w nauce i w orzecznictwie oznaczać różne pojęcia. Nawet w tej samej ustawie ten sam termin często oznacza w różnych normach różne rzeczy. Pogląd, że przedsiębiorstwem w rozumieniu prawa o ochr. zn. tow. jest tylko przedsiębiorstwo legalne nie jest więc bynajmniej stwierdzeniem, że legalność jest konieczną cechą pojęciową przedsiębiorstwa w ogóle. Wszystko zależy od woli ustawodawcy, a więc m. i. od celu, zadań i funkcji danej normy. Dla pojęcia przedsiębiorstwa, np. przy zagadnieniach przejęcia, odpowiedzialności rzeczowej, zarządu przymusowego[27]) itp. sprawa legalności czy nielegalności (w znaczeniu art. 11 k. h. 1934) jest rzeczywiście obojętna.[28]) Nic stąd jednak nie wynika dla pojęcia przedsiębiorstwa w prawie o ochronie znaków towarowych (art. 174 i nast.). Tutaj bowiem *„przedsiębiorstwem“* jest tylko przedsiębiorstwo kwalifikowane, tj. takie, którego posiadaczowi prawo publiczne nie zakazuje prowadzenia lub którego posiadacz uczynił zadość warunkom przez to prawo wymaganym. Legalność jest tu dalszą cechą, jaką posiadać musi przedsiębiorstwo.

Nie jest więc dla prawa naszego trafną nauka Emanuela Adlera, który w austriackim prawie marek głosił zasadę, że *„nie jest wymagane, aby przepisy przemysłowo- i podatkowo-prawne, których należy przestrzegać przy rozpoczęciu przedsiębiorstwa, także faktycznie zostały dochowane*[29]). — Przede wszystkim pamiętać musimy, że prawo austriackie nie znało instytucji świadectw przemysłowych (obecnie kart rejestracyjnych), zaczerpniętej przez nasze prawo z prawa rosyjskiego, a strzeżonej sankcją kary i zamknięcia przedsiębiorstwa. Jakie zaś argumenty przytacza Adler za swoim poglądem? — Po pierwsze, powiada on, nie można marek, należących do osoby naruszającej prawo publiczne, wydawać na łup każdemu innemu tylko dlatego, ponieważ po-

[26]) Orz. Wydziału Spraw Spornych z 27. IV. 1937 Sp. 884/35 zadowalnia się faktycznym, istnieniem przedsiębiorstwa, bez względu na legalność. — Taksamo dla zakresu prawa o konkurencji **Rosenthal**, Wettbewerbsgesetz, 8 wyd., Berlin 1930, 39 (innego zdania w poprz. wydaniach). Jak **Rosenthal** orz. austr. Tr. Najw. z 26. V. 1933, 4 Ob. 175/33, cyt. **Langer-Saxl**, Das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 2 wyd., Wien, 1937, 113 Nr 200 i orz. Wyższ. Sądu Krajowego we Wiedniu cyt. 284 Nr 93: odmiennie Nr 94 (wymóg zgodności z prawem przemysłowym).

[27]) Por. **Allerhand**, gl. OPA. I, 72; Seweryn **Rosmarin**, Przedsiębiorstwo jako przedmiot egzekucji, Warszawa, 1937.

[28]) Seweryn **Rosmarin**, L. c., 86; **Pollak**, Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen, Jur. ViertJSch. 31/1899/141.

[29]) **E. Adler**, System des öst. Markenrechtes, Wien, 1909, 51.

siadacz narusza prawo: *„albowiem nieuczciwe postępowanie konkurenta, który używa marki innego, nie może się przedstawiać jako bez zarzutu dlatego tylko, ponieważ posiadacz marki sam naruszył ordynację przemysłową“*[30]).

Argument nie przekonuje. Przede wszystkim zważyć trzeba, że aż do unieważnienia rejestracji znak istnieje i jest chroniony: niema zatem glejtu dla bezprawia innego przedsiębiorcy[31]). — Art. 189 ust. 4 — który zawieszenie czyni tylko fakultatywnym — nie ma, wedle stałej judykatury S. N., zastosowania w postępowaniu karnym.[32]) Poza tym nie chodzi, przy rozważanym przez nas problemie, o sprawę obrony koniecznej przeciw bezprawiu, o jakąś kompenzatę wzajemnego bezprawia, *exceptio doli generalis* (pozwany broni się, że także powód postępuje bezprawnie) itp., tzn. o starcie się dwu interesów indywidualnych; rozważamy sprawę wykładni, w oderwaniu od możliwości naruszenia. Chodzi o sprawę ważności rejestracji w ogóle, a nie tylko wobec naruszającego wyłączność. Wreszcie zaznaczyć trzeba, że taka *exceptio doli generalis* (że sam powód postępuje bezprawnie), ma swoich zdecydowanych zwolenników. Reimer[33]) domaga się jej dopuszczenia w najszerszym zakresie. Amerykańska doktryna *„clean hands“*[34]), przyjęta przez judykaturę, jest pod tym względem również całkiem jasna: powód, który sam narusza prawo, np. przez wprowadzenie w błąd publiczności *(misreprésentation)*, nie można wygrać przeciw pozwanemu, choćby pozwany sam bezprawnie naruszał znaki powoda[35]).

Po drugie, wywodzi Adler, niedotrzymanie przepisów ordynacji przemysłowej nie usuwa ze świata faktu istnienia przedsiębiorstwa. W tym jest oczywista *petitio principii:* chodzi wszak o to, czy sam fakt wystarcza, — czy nie trzeba jeszcze dodatkowej kwalifikacji (legalności). Dalszy argument Adlera, iż brak wyraźnego przepisu w ustawie, już załatwiliśmy. Po czwarte, pisze uczony austriacki, naruszenie prawa przemysłowego przy ruchu przedsiębiorstwa nie pociąga za sobą zgaśnięcia marki. Tak jest rzeczywiście, ale chodzi właśnie o naruszenie przepisów, dotyczących istnienia przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 k. h. — Adler wskazuje dalej na art. 11 k. h. austr.: i ten argument już odrzuciliśmy. Dalszy argument: że prze-

---

[30]) **Adler**, L. c. 52. Podobnie **Rosenthal**, L. c., 39.

[31]) Jest to argument także przeciw **Rosenthalowi**, L. c., 39.

[32]) Sąd Najwyższy, 30. III. 1936, 1 K 122/36, OPA. VI, 1630 i 25. VI. 1936, 3 K 653/36, OPA. VII, 2235.

[33]) **Reimer**, Wettbewerbs- u. Warenzeichenrecht, Berlin, 1933, I, 158.

[34]) „He who comes into a court of equity, must come with clean hands“.

[35]) O tej doktrynie **Derenburg**, Warenzeichen u. Wettbewerb in den Ver. St. v. Amerika, Berlin, 1931, 281-293.

niesienie przemysłu do innego okręgu uchodzi za nabycie nowego prawa przemysłowego, a tymczasem w przypadku tym bezspornie marki pozostają w mocy. Odpowiedzieć na to można, że chodzi nie o niewątpliwą identyczność przeniesionego przemysłu (przedsiębiorstwa), ale o *legalność* w rozumieniu art. 11 k. h. 1934. Argument ostatni: przy przemysłach wolnych zgłoszenie może być dokonane dodatkowo; ale to samo przecież przy koncesjach, które można uzyskać dodatkowo itp., co nie zmienia stanu, istniejącego w chwili rejestracji. Warto podnieść, że wiedeński Urząd rejestracji marek ochronnych przy Izbie H. P. wymagał stale przedłożenia karty przemysłowej[36]).

Argumenty Adlera nie mają mocy. Nie to jednak decyduje; argumenty i kontrargumenty tego typu dotyczą szczegółów. W rzeczywistości zaś oprzeć się trzeba na ogólnych zasadach, na woli ustawodawcy. Tę zasadę znaleźliśmy: z przywilejów korzystać mogą tylko przedsiębiorstwa legalne. Uznanie, że znak może być ważnie zarejestrowany jedynie na rzecz przedsiębiorstw legalnych, nie jest żadną dodatkową karą za naruszenie przepisów, o których mowa w art. 11 k. h. 1934: chodzi jedynie o wykładnię prawa znaków towarowych.

Wykładnia ta nie może przecież operować samym tylko brzmieniem przepisów. I tu można i należy sięgnąć do zasad, do podstawowych norm danej dziedziny prawa — a więc stosować tę metodę, jaką pod różnymi formami i nazwami tak często i tak skutecznie stosował uczony, którego jubileusz obchodzi dziś polski świat prawniczy.

Dr HENRYK RITTERMAN
Referendarz Prokuratorii Generalnej
Kraków.

Umorzenie akcji.

I. — Pojęcie umorzenia. — Umorzenie akcji *(amortyzacja — Einziehung, Entkräftung, Tilgung, amortissement des actions)*, jest jednostronnym aktem z dziedziny prawa korporacyjnego, mocą którego spółka uznaje, że pewna akcja przestaje istnieć. Bezpośrednim skutkiem amortyzacji jest więc zniszczenie akcji, jako jednostki uczestnictwa w spółce. Dalszą zaś konsekwencją jest także nieważność dokumentu akcyjnego, który przestaje ucieleśniać prawo akcyjne. Akcjonariusz dotknięty umorzeniem, wychodzi z grona uczestników

[36]) Adler, L. c. 54 uw. 15.

spółki (chyba, że posiada jeszcze inne akcje lub otrzyma nowe akcje, użytkowe), nabywa zaś roszczenie o wypłatę wynagrodzenia, o charakterze zwykłej wierzytelności. W stosunku do innych akcjonariuszy, amortyzacja ma to znaczenie, że podwyższa ich udziały, wskutek skasowania pewnej liczby akcji. O tym zaś, czy umorzenie wpływa na wysokość kapitału akcyjnego, będzie mowa poniżej pod III, 3.

Jak wynika z powyższego określenia, umorzenie różni się zasadniczo od tzw. *kadukowania akcji,* unormowanego w polskim kodeksie w art. 343. Kadukowanie *(Kaduzierung, décheance, forfeiture of shares)* polega bowiem na przymusowym odebraniu i przeniesieniu udziału z jednej osoby na drugą, bez żadnego uszczerbku dla praw akcyjnych, które w dalszym ciągu pozostają w mocy, zmieniwszy tylko swój podmiot. Amortyzacja natomiast ma ten skutek, że prawo akcyjne wygasa. Kadukowanie zwraca się więc przeciw akcjonariuszowi, umorzenie zaś przeciw prawu akcyjnemu.[1])

Podobna różnica zachodzi między umorzeniem a nabyciem własnych akcji przez spółkę (art. 365).[2]) I w tym przypadku bowiem prawo akcyjnie nie gaśnie jak przez umorzenie, lecz przechodzi dobrowolnie z akcjonariusza na spółkę. Co prawda, wskutek tego zjednoczenia nabyte prawa *spoczywają,* czyli nie mogą być wykonywane. Ten stan zawieszenia kończy się jednak z chwilą, gdy spółka odstąpi swoje akcje osobie trzeciej. Z tą chwilą bowiem *„uśpione“* prawa budzą się niejako z letargu i odzyskują w pełni dawną moc. Jeśli zaś spółka zaniecha zbycia i postanowi te akcje umorzyć, natenczas prawa z nich płynące zgasną bezpowrotnie. Będzie to jednak skutkiem umorzenia, a nie samego nabycia akcji. Innymi słowy: nabycie własnych akcji może być i jest najczęściej etapem na drodze do ich umorzenia, samo przez się nie ma jednak siły niweczącej.

Od umorzenia należy też odróżnić *unieważnienie akcji.* Różnica ta zaciera się niekiedy wskutek niejednolitej nomenklatury. Często bowiem, w doktrynie i ustawie, określa się unieważnienie dokumentu jako umorzenie. W tym znaczeniu używa tego określenia np. austriackie rozporządzenie o amortyzacji dokumentów, art. 229 kod. zob., art. 96 prawa wekslowego, a także art. 505 kod handl. Natomiast w dziedzinie prawa akcyjnego terminologia w tym względzie jest poprawna. Ilekroć bowiem kodeks ma na myśli unicestwienie samego dokumentu, a nie prawa akcyjnego, tylekroć używa wyrażenia unieważnienie akcji. *Unieważnienie* różni się więc istotnie zarówno od *amortyzacji* jak i od *kadukowania* akcji, gdyż nie powoduje ani zgaśnięcia prawa akcyjnego, ani też zmiany w osobie uprawnionego, a zwraca się jedynie przeciw dokumentowi, w którym

---

[1]) Staub-Pinner, Kom. zu HGB § 227, uw. 1.

[2]) Cyfry artykułów podane bez dodatku oznaczać będą artykuły polskiego kodeksu handlowego.

te prawa są ucieleśnione. — Istnieją jednak punkty styczne między powyższymi instytucjami. Konsekwencją bowiem umorzenia akcji jest nieważność dokumentu akcyjnego. Kadukowanie zaś następuje w formie unieważnienia akcji, jako dokumentu.[3]) W czystej postaci natomiast występuje unieważnienie akcji w razie utraty lub umorzenia dokumentu, o czym traktuje art. LXV. przep. wprow. k. h.[4])

II. — Gospodarcze funkcje umorzenia. — (P. w tym przedmiocie zwłaszcza Fischer, w Ehrenberga Handbuch d. ges. H.-Rechts, III, 1, str. 170 n. i Flechtheim, w Kom. Düringera-Hachenburga, § 227, uw. 2).

a) Pierwszą domeną amortyzacji były przedsiębiorstwa kolejowe, zwłaszcza na terenie Francji i dawnej Austrii. Przypisać to należy tej okoliczności, że przedsiębiorstwa te po pewnym czasie przechodziły bezpłatnie na rzecz państwa. Trzeba więc było z góry z tym się liczyć, że majątek w chwili rozwiązania spółki nie będzie przedstawiał wartości i uwzględnić ten moment przy ocenie wyników przedsiębiorstwa, a w szczególności zdać sobie sprawę z tego, że wypłacany zysk bilansowy stanowi w części zwrot wkładu, którego nie można było oczekiwać przy likwidacji spółki. Aby to należycie uzmysłowić uczestnikom spółki, przeznaczano corocznie pewną część zysku na sukcesywny zwrot wkładów, pod formą odpłaty za umorzone akcje. Nie chcąc zaś, aby wskutek umorzenia odnośni spólnicy musieli wystąpić, wydawano im nowe akcje, tzw. *użytkowe,* umożliwiające dalsze uczestnictwo w spółce. — System ten przyjął się także w innych przedsiębiorstwach, np. gazowych, elektrycznych, których urządzenia, po wygaśnięciu koncesji, miały przypaść bezpłatnie państwu lub gminie (tzw. *heimfällige Unternehmen).* Spotkać go również można w takich przedsiębiorstwach jak kopalnia, których prowadzenie pociąga za sobą zużycie substancji majątku, lub tam, gdzie rdzeń majątku stanowią prawa czasowe, np. patentowe, autorskie (zob. § 33, austr. regulatywu akcyjnego z r. 1899).

System ten ma jednak liczne wady. Przede wszystkim nie urzeczywistnia on zasady *prawdy bilansowej,* gdyż nie zmusza do ujawnienia w bilansie ubytku wartości inwestycji, a tym samym umożliwia wykazanie zbyt niskiej straty lub nadmier-

---

[3]) Zob. art. 343 § 1, w myśl którego opieszałych akcjonariuszy pozbawia się praw „przez unieważnienie akcji lub świadectw tymczasowych“.

[4]) Odnośnie do akcji okazicielskich obowiązują w tym przypadku przepisy dzielnicowe, utrzymane w mocy art. III, pkt 8, przep. wprow. k. z., a mianowicie: a) w b. zaborze austriackim rozp. ces. z 31. 7. 1915, nr 257 Dz. u. p. o amortyzacji dokumentów, w brzmieniu rozporządzenia Prezyd. z 24. II. 1928, Nr 21, poz. 181, — b) w b. zaborze niemieckim, §§ 1003—1023 ustawy o postępowaniu cywilnym, — c) na obszarze b. zaboru rosyjskiego ustawa z 26. 7. 1919 o utraconych tytułach na okaziciela (Nr 67, poz. 406 z r. 1921), zniesiona w roku 1921 (poz. 637) i 1935 (poz. 161).

nego zysku, co jest niekorzystne pod względem podatkowym i niebezpieczne dla wierzycieli spółki. W ogóle zaś praktycznie nie wchodzi w rachubę w braku czystego zysku; wtedy bowiem trzeba by obniżyć kapitał akcyjny, a proces redukcji jest zbyt utrudniony, aby go można corocznie powtarzać (p. Benis, Studia akcyjne, 1933, str. 71). — Konsekwencją tego może być, przy zmiennej koniunkturze, taka sytuacja, że pewna część akcji będzie umorzona, a część pozostanie niespłacona, wbrew zasadzie równego traktowania akcjonariuszy. Dlatego naogół stosuje się inny system, a mianowicie albo odpisuje się w czasie trwania spółki całą wartość inwestycji, albo też wstawia się do pasywów specjalne konto rezerwowe i zatrzymuje w ten sposób część aktywów, by w chwili likwidacji mieć fundusze na równomierny zwrot wkładów. Akcje zaś umarza się tylko o tyle, o ile mimo powyższych odpisów bilans wykaże czysty zysk. (p. Staub-Pisko, Kom. z AHGB, I, str. 894).

b) Amortyzacji używa się także dla odprowadzenia niepotrzebnego nadmiaru funduszów. Zdarza się bowiem czasem, np. w przedsiębiorstwach parcealcyjnych, że majątek spółki jest za duży w stosunku do jej potrzeb, i nie może być *„zatrudniony“* w przedsiębiorstwie; wówczas spółka redukuje efektywnie kapitał akcyjny i umarza odpłatnie odpowiednią ilość akcyj, rozdzielając w ten sposób zbędne kapitały.

c) Zupełnie inny jest cel amortyzacji, gdy spółka znajduje się pod bilansem; w tym przypadku można przez umorzenie — bezpłatne lub za zapłatą poniżej pari — przywrócić równowagę bilansu. Najlepiej wyjaśni to przykład. Wyobraźmy sobie, że aktywa spółki przedstawiają wartość 400.000 złotych, a pasywa wynoszą 500.000. Wśród pasywów zaś figuruje kapitał akcyjny w wysokości 300.000 złotych. Ten stan bilansu oznacza stratę w kwocie 100.000 złotych. Aby ją rachunkowo wyrównać, wystarczy umorzyć bezpłatnie akcje wartości nominalnej 100.000 złotych i obniżyć o tę kwotę kapitał. Wskutek tej operacji bowiem pasywa spadną do 400.000, przy niezmienionych aktywach, dzięki czemu obie strony bilansu będą równe. Gdyby zaś w tym przypadku wypadło zapłacić za umorzone akcje np. 33% ich wartości nominalnej, musiałaby spółka zakupić pakiet akcji, opiewających na 150.000 za cenę 50.000, i obniżyć kapitał o 150.000 drogą umorzenia nabytych akcji. Wskutek tego bowiem spadłyby wprawdzie aktywa o 50.000 złotych, lecz równocześnie spadłyby pasywa o 150.000, przywracając równowagę bilansu. Te metody sanacji są w ostatnich czasach ogromnie rozpowszechnione.

d) Inny sposób sanacji polega na nadaniu spólnikom przywilejów akcyjnych (dywidendowych, głosowych) za dopłatą (zob. art. 357 n., 427 § 3). Przywileje te mają tę ujemną stronę, że naruszają zasadę równouprawnienia akcjonariuszy i stwarzają — o ile dotyczą prawa głosu — przewagę

jednej grupy akcjonariuszy nad innymi. Dlatego też, w razie poprawy sytuacji, spółka dąży do skasowania tych przywilejów lub też do nadania nowych na korzystniejszych warunkach. Środkiem do tego jest znowu amortyzacja, której się poddaje uprzywilejowane akcje i którą sobie — zwyczajem anglo-amerykańskim — spółki już z góry zastrzegają, przy nadawaniu przywilejów, (redeemable preference shares).[5])

e) Niekiedy także używa się amortyzacji dla podniesienia kursu pozostałych akcyj.

Szczególna funkcja przypada wreszcie amortyzacji w polskim prawie, gdzie może ona posłużyć jako środek zapewnienia świadczeń dodatkowych i wyłączenia niepożądanych spólników (o czym niżej pod VII). Dlatego na gruncie polskiego kodeksu instytucja ta zasługuje na specjalną uwagę.

III. — Rodzaje umorzenia. — Przypadki umorzenia można dzielić z czterech rozmaitych punktów widzenia.

1. — Przede wszystkim więc można odróżnić umorzenie dobrowolne *(freiwillige Amortisation)* i przymusowe *(Zwangsamortisation)*.

Kontrast ten znalazł wyraz w polskim kodeksie handlowym. Niema tu wprawdzie przepisu, który by — jak art. 125 ust. 2 prawa o sp. akc. z r. 1928 — przeciwstawiał wyraźnie te dwa pojęcia. Istnieją jednak przepisy, które świadczą, że prawodawca liczył się z tą dystynkcją. I tak w art. 364 § 1, jest mowa o umorzeniu akcji *„przez losowanie"*, które stanowi typowy modus amortyzacji przymusowej. Z drugiej zaś strony art. 365 § 1 wymienia nabycie własnych akcyj celem umorzenia, co oznacza amortyzację dobrowolną.

W czym tkwi istota tego kontraktu? — Według tradycyjnego określenia amortyzacji przymusowej ma się ona tym oznaczać, że może nastąpić bez zgody, a nawet wbrew woli odnośnego akcjonariusza.[6]) Określenie to nie jest jednak ścisłe. Może się wprawdzie na gruncie polskiego prawa zdarzyć, że umorzenie dotknie akcjonariusza, który został przegłosowany na walnym zebraniu (większością trzech czwartych głosów), i wobec tego musi się wbrew woli poddać uchwale zgromadzenia, wprowadzającej — przez zmianę statutu — umorzenie akcyj. Najczęściej jednak „ofiarą" umorzenia będzie taki spólnik, który sam lub przez swego poprzednika prawnego, wyraził zgodę na przepis statutu, przewidujący umorzenie akcyj, lub też głosował za zmianą statutu i wprowadzeniem amortyzacji (p. niżej pod VI); wtedy zaś nie można twierdzić, że umorzenie nastąpiło bez woli spólników. Prawdą jest natomiast, że gdy przymusowa amortyzacja ma już za sobą wolę ogółu spólników, wyrażoną w statucie lub uchwale, wykonanie jej nie wymaga

[5]) Zob. **Cammerlynck**, La loi anglaise de 1929 sur les societés par actions, Paryż, 1930, str. 70 n.

[6]) P. np. **Flechtheim**, § 227, uw. 5.

już indywidualnego objawu woli, ze strony aktualnego spólnika, i w tym tylko można się dopatrzyć momentu przymusu.

Ale i to twierdzenie wymaga sprostowania. Sprawdza się ono bowiem tylko wówczas, gdy wybór akcyj, podlegających umorzeniu, następuje według pewnego klucza, albo też w drodze losowania lub wypowiedzenia przez spółkę. Trzeba się jednak liczyć także z przypadkami, gdy umorzenie następuje na skutek jednostronnego objawu woli czyli wypowiedzenia spólnika. Aby więc objąć definicją także te przypadki, należy ją sformułować w ten sposób, że umorzenie przymusowe nie wymaga indywidualnego porozumienia stron. W żadnym bowiem przypadku amortyzacji przymusowej nie jest potrzebne, by spółka uzgodniła wolę umorzenia pewnej konkretnej akcji z zainteresowanym spólnikiem.

Przeciwnie zaś, istotną cechą amortyzacji dobrowolnej jest wymóg takiego konsensu. Co ma być jednak jego treścią, nie łatwo odpowiedzieć. Uczeni niemieccy wprowadzili tu bowiem subtelną dystynkcję. Według nich mianowicie przedmiotem porozumienia może być albo sama amortyzacja, albo też tylko alienacja akcji. Zależnie od tego odróżniano dwa rodzaje amortyzacji dobrowolnej, a mianowicie *„Amortisation der gekauften eigenen und Amortisation der fremden Aktie auf Grund Enwilligung“*[7]). Pierwsza ewentualność zachodzi wówczas, gdy spółka nabywa własne akcje — tytułem kupna, zamiany, darowizny, rozporządzenia ostatniej woli lub innej indywidualnej czynności prawnej — a następnie, jako ich właścicielka, przeprowadza umorzenie. W tym przypadku wolą kontrahenta spółki nie jest wprost amortyzacja, lecz odstąpienie akcji. Przemiotem umorzenia nie są więc akcje cudze, lecz własne akcje spółki. Odpłata zaś za te akcje ma charakter ceny kupna, przedmiotu zamiany lub innego umówionego świadczenia wzajemnego. — Przeciwnie natomiast przy umorzeniu „na zasadzie zezwolenia“. W tym przypadku akcjonariusz godzi się na umorzenie a nie na zbycie akcji. Przedmiotem umorzenia są więc cudze akcje na mocy zezwolenia ich właściciela.[8]) Odpłata zaś, jaką spółka przyznaje akcjonariuszowi, nie stanowi ceny kupna lub innego świadczenia umownego, lecz ma charakter odszkodowania za wtargnięcie w cudze prawa. Ta druga postać amortyzacji dobrowolnej budziła od dawna zastrzeżenia. Nie odpowiada ona bowiem żadnej praktycznej potrzebie, i dlatego nie była chyba nigdy stosowana,[9]) a byt swój w teorii zawdzięcza jedynie... fantazji jurystów. Dlatego też nowa ustawa niemiecka (z 30 stycznia 1937) porzuciła tę sztuczną kon-

---

[7]) **Brodmann:** Aktienrecht, str. 204, uw. 3 b. i str. 207, uw. k.

[8]) „Das Aktienrecht nicht auf die Gesellschaft überging, sondern unterging“ (**Flechtheim**, § 227, uw. 14). „Es handelt sich nicht um eine Veraüsserung, sondern um eine **Entaüsserung**“ (**Hachenburg**, § 34, uw. 24).

[9]) Zob. **Fischer,** str. 181, uw. 19.

strukcję, przewidując w § 192 ust. 1 tylko jeden rodzaj amortyzacji dobrowolnej, mianowicie amortyzację opartą na nabyciu własnych akcji *(Einziehung nach Erwerb)*. To samo stanowisko zajął, jak sądzę, także prawodawca polski. Można o tym wnosić m. zd. z art. 365 § 1; przepis ten pozwala bowiem — w drodze wyjątku od ogólnego zakazu — na nabywanie własnych akcyj w celu umorzenia. Wyjątek ten zaś byłby zbędny, gdyby wolno też było umarzać akcje na podstawie zezwolenia spólnika, bez ich nabycia na własność. Jeżeli się uzna tę tezę, że także na gruncie polskiego kodeksu, droga do umorzenia dobrowolnego wiedzie jedynie przez nabycie akcji, natenczas porównanie z umorzeniem przymusowym wykaże wyraźną różnicę. Okaże się bowiem, że podczas gdy amortyzacja przymusowa dotyka akcje cudze, należące jeszcze do akcjonariusza, to przedmiotem umorzenia dobrowolnepo są własne akcje spółki.[10])

Ponieważ zaś nabycie własności akcyj wymaga wręczenia dokumentu (art. 350 i 352 k. h.), przeto akcje przeznaczone do dobrowolnego umorzenia muszą się znajdować w posiadaniu spółki, podczas gdy amortyzację przymusową można przeprowadzić bez względu na to, w czyim ręku akcje się znajdują.[11])

W dalszej konsekwencji powstaje też różnica w sposobie dokonania amortyzacji, która jest — jak już wspomniano — aktem jednostronnym (nawet wówczas, gdy się opiera na umowie). Jeżeli mianowicie przedmiotem umorzenia są własne akcje spółki, znajdujące się *ex definitione* w jej posiadaniu, to oczywiście nie wchodzi w rachubę żadne doświadczenie ze strony spółki wobec poprzedniego właściciela akcyj. Co prawda, samo przyjęcie dokumentu akcyjnego jeszcze nie wystarcza, gdyż ono wyraża tylko chęć nabycia akcji, nie wyraża zaś zamiaru amortyzacji, która może wprawdzie potem nastąpić, lecz może także wcale do skutku nie dojść.[12]) Trzeba więc osobnego objawu woli, skierowanego wyraźnie ku zniszczeniu akcji.[13]) Nie potrzeba natomiast, aby ten objaw dotarł do wiadomości akcjonariusza.[14]) Wystarczy przeto, jeśli spółka

---

[10]) P. **Flechtheim,** § 227, uw. 14.

[11]) Zob. **Brodmann,** str. 207 i).

[12]) Przeciwnie **Kaczkowski,** Polskie prawo o sp. akc., 1931, str. 304, według którego umorzenie następuje zawsze w momencie wręczenia akcji.

[13]) Tak **Staub-Pisko,** I, str. 895 in. princ.; — **Fischer,** str. 182; — **Staub-Pinner,** § 227, uw. 3; — **Goldschmit,** Die AG, 1927, str. 190, uw. 7; — **Wieland,** Handelsrecht, II, 1931, str. 178, in princ.; — **Brodmann,** str. 208, in princ.

[14]) **Flechtheim,** § 227, uw. 35: „Die Einziehung ist hier eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung". Inaczej określa to **Brodmann,** str. 207, uw. k.: „Die Einziehung ist im allgemeinen Willenserklärung, die Einziehung eigener Aktien-Willenshandlung". Przeciwstawienie to nie jest jednak trafne, gdyż także czynność może mieć znaczenie oświadczenia woli.

zniszczy lub ostempluje dokument akcyjny, albo też zamieści odpowiedną notatkę w księdze akcyjnej. Przeciwnie zaś, gdy chodzi o cudze akcje, które mają być przymusowo umorzone, oświadczenie spółki musi być złożone wobec odnośnych akcjonariuszy *(empfangsbedürftige Willenserklärung)*, a więc w taki sposób (ustnie, piśmiennie, przez publiczne ogłoszenie) aby mogło dotrzeć do ich wiadomości (art. 30 kod. zob.).

2. — Z podziałem powyższym krzyżuje się drugi podział umorzenia na darme i odpłatne. — Zarówno więc umorzenie przymusowe, jak i dobrowolne, może nastąpić darmo lub za wynagrodzeniem.

Przymusowe umorzenie uprawnia do odszkodowania. Nie zdarza się, aby statut pierwotny przewidywał bezpłatną amortyzację. Może ją natomiast, w drodze zmiany statutu, uchwalić później walne zgromadzenie, dla celów sanacji.

Również umorzenie dobrowolne następuje najczęściej na zasadzie odpłatności. Tytułem bowiem do nabycia akcji, w celu umorzenia, są najczęściej umowy odpłatne jak kupno, zamiana, ugoda, *datio in solutum*. Może się jednak zdarzyć, że spółka otrzyma akcje darmo, na podstawie darowizny lub rozporządzenia ostatniej woli, a wówczas umorzenie będzie bezpłatne *(scilicet*, o ile darowane akcje były w całości opłacone).

Umorzenie darme ma zwykle, jak wspomniano, cele sanacyjne, i dlatego, zgodnie z tą funkcją, łączy się z obniżeniem kapitału akcyjnego,[15]) co w konsekwencji prowadzi do zastosowania przepisów art. 440 i nast., wymagających — między innymi — zgody lub zaspokojenia wierzycieli spółki. Gdy natomiast sanacja nie wchodzi w rachubę, umorzenie darme może nastąpić bez redukcji kapitału, a tym samym bez zachowania przepisów art. 440 i nast., (arg. a maiori ad minus art. 363 § 2).[16]) — Umorzenie takie nie powoduje bowiem dla spółki żadnych wydatków, któreby, w braku czystego zysku, musiały być pokryte z majątku zakładowego.

Odpłatne umorzenie następuje w zasadzie *al pari*, tj. za zapłatą równą sumie nominalnej. Zdarza się jednak także, zwłaszcza przy amortyzacji dobrowolnej, odpłata poniżej pari, jako środek wyrównania deficytu bilansowego. Z drugiej strony możliwe jest także nabycie akcji, w celu umorzenia, powyżej parytetu (lecz oczywiście tylko z czystego zysku).

Niektórzy autorzy francuscy— jak Valery, Ripert, Pic, Amiaud, Lyon-Caen i Renault — traktują odpłatne umorzenie jako antycypowaną likwidację *(repartition anticipée)*. To określenie nie jest jednak całkiem ścisłe. Wypłata bowiem wynagrodzenia za umorzone akcje na-

---

[15]) Zob. **Hachenburg**, Komm. z. Gesetz betr. die GmbH, 1926, § 34, uw. 6.

[16]) Wyraźny przepis w tej mierze zawiera **niemiecka ustawa akcyjna** (§ 192, ust. 3, p. 1).

stępuje definitywnie, bez zastrzeżenia ewentualnego zwrotu. Choćby się przeto przy końcowej likwidacji okazało, że majątek spółki nie przedstawia żadnej wartości, i żadna kwota likwidacyjna nie przypada do podziału, akcjonariusz nie będzie obowiązany do zwrotu otrzymanej przy umorzeniu odprawy. Niema tu więc momentu antycypacji.

Według innej koncepcji, którą wysunął Thaller, a rozwinęli Morel i Maria, wynagrodzenie wypłacone z czystego zysku stanowić ma nadzwyczajną dywidendę *(dividende extraordinaire)*, o czym będzie mowa pod 3).

3. — Umorzenie odpłatne może nastąpić albo z majątku zakładowego *(Grundvermögen, Stammvermögen)*[17]) albo też z czystego zysku.

Pierwsza ewentualność zachodzi wówczas, gdy wskutek uiszczenia odpłaty za umorzenie, wartość czystego majątku spada poniżej sumy kapitału. W tym przypadku obowiązują specjalne formalności. W granicach bowiem tej „wiążącej sumy *(Sperrziffer)*, jaką jest kwota kapitału, majątek spółki jest zablokowany i niedostępny dla jej uczestników. Aby więc spółka mogła go, zgodnie z prawem, użyć na spłatę umorzonych akcyj, musi to najpierw zdewinkulować, przez obniżenie kwoty kapitału. Na tym zaś może ucierpieć bezpieczeństwo wierzycieli i dlatego ustawa, poza innymi formalnościami, wymaga ich zgody lub zaspokojenia (arg. a contr. art. 363 § 2)[18]).

Przeciwieństwem tego rodzaju amortyzacji jest umorzenie z czystego zysku, czyli tzw. amortyzacja samoistna *(selbständige Amortisation, einfache Einziehung)*. Odbywa się ona bez naruszenia majątku zakładowego, kosztem czystego i rozporządzalnego zysku,[19]) czy to bieżącego czy też zachowanego w postaci wolnych rezerw[20]), ogólnych od specjalnych *(Aktientilgungsfonds)*. Wobec tego odpada potrzeba zwolnienia majątku zakładowego przez obniżenie konta kapitału, a tym samym upada wszelka racja stosowania przepisów o redukcji kapitału akcyjnego, od czego też kodeks wyraźnie zwalnia (art. 363, § 2).

Teza powyższa o niezmienności kapitału akcyjnego w przy-

---

[17]) Nazwa ta oznacza część aktywów, która stanowi odpowiednik kapitału zakładowego, jako pozycji pasywów. Zazwyczaj jednak oba te pojęcia określa się niewłaściwie mianem **„kapitału zakładowego"**, mówiąc np. o złożeniu, naruszeniu, zachowaniu kapitału akcyjnego, zamiast o zachowaniu **majątku** zakładowego, czyli tego majątku, który odpowiada sumie **kapitału** zakładowego. Zob. w tej kwestii zwłaszcza **Wieland, II**, str. 20.

[18]) Inaczej art. 670, ust. 4, pr. oblig. szwajcarskiego.

[19]) A więc z wyłączeniem tej części zysku, która jest potrzebna na dotację legalnych i statutowych rezerw.

[20]) Nie wchodzą więc w rachubę rezerwy ustawowe lub ich części, przeznaczone na pokrycie straty bilansowej (art. 427 § 5 K. h., art. 50 prawa bankowego). Rezerwy zaś statutowe, które pierwotnie miały służyć na inne cele, a mają być później użyte na cele amortyzacji, muszą być naprzód zwolnione, przez odpowiednią zmianę statutu.

padku amortyzacji samoistnej, ma za sobą zdanie większości autorów; należą do nich zwłaszcza Fischer, str. 784, Brodmann, str. 204 n., Cosack, Lehrb. d. HR., 1910, str. 784, Lehmann-Hoeniger, Lehrb. d. HR., 1921, str. 341 uw. 3, Julius Gierke, Handelsrecht, 1929, str. 351 in fine, Pisko, Lehrb. d. oesterr. HR. 1923, str. 402, Vivante, *Trattato di diutto commerciale,* nr 595, a w literaturze polskiej Benis(w Kom. zbiorowym Kona) str. 106, Tomkiewicz-Bloch, Spółki z ogr. odp. str. 73 i Dziurzyński (w Kom. do k. h. Dziurzyńskiego-Fenichla-Honzatki, str. 342, uw. 10.

Odmienny pogląd reprezentują Veit Simon, Die Bilanzen de AG, 1899, str. 220 n., Staub-Pinner § 227, uw. 7, Neukamp, Ges. betr. die GmbH., Komm. 1922, § 34, uw. 4, Ritter, Das HGB. Komm. 1910, § 227, uw. 3, Goldschmit, str. 192, uw. 11. — Uczeni ci wychodzą z założenia, że kapitał akcyjny ma być sumą wartości nominalnej wszystkich akcyj. Gdy więc niektóre akcje odpadają wskutek umorzenia, to *eo ipso,* automatycznie, musi się zmniejszyć kwota kapitału.

Argumentacja ta była by trafna, gdyby kapitał zakładowy spełniał tylko jedną funkcję: jako wskaźnik minimalnej wartości majątku pierwotnego, ufundowanego z wkładów akcjonariuszy; skoro bowiem minimum pojedyńczego wkładu oznaczone jest przez *nominale* poszczególnej akcji, to sama akcja musi odpowiadać sumie kapitału. Z chwilą atoli gdy spółka powstała, kapitał spełnia inną funkcję, polegającą na winkulacji czystego majątku, jako minimalnego funduszu gwarancyjnego. Ta funkcja zaś nie wymaga utrzymania pierwotnej relacji między kapitałem i akcją, przez dostosowanie wysokości kapitału do każdoczesnej kwoty akcyjnej, (por. Wieland, II, str. 177, nr. 13, który trafnie podkreśla różnicę między kapitałem jako *„Gesamteinlageziffer“* i kapitałem jako *„Haftungsziffer“).*

Zresztą, zniżając kwotę kapitału o sumę nominalną umorzonych akcyj, chybia się celu amortyzacji samoistnej, jakim jest zachowanie majątku zakładowego. (P. Brodmann, str. 204, Flechtheim, § 227, uw. 45). Najlepiej wyjaśni to następujący przykład: Wyobraźmy sobie, że według bilansu aktywa wynoszą 600.000 złotych, a pasywa o 100.000 mniej; stan ten oznacza, że spółka osiągnęła zysk w wysokości tej różnicy. Jeżeli się następnie wyda 100.000 złotych na pokrycie kosztów amortyzacji, to wartość aktywów spadnie do wysokości pasywów; będzie to oznaką, że amortyzacja pochłonęła zysk. Gdyby natomiast jednocześnie zniżono kapitał akcyjny o 100.00 złotych, natenczas stan bilansu byłby taki: aktywa (po wydaniu 100.000 złotych na amortyzację) 500.000, — pasywa (po redukcji kapitału o 100.000 złotych) 400.000. Mimo amortyzacji bilans wykazywałby więc nadal saldo czynne, czyli zysk w wysokości 100.000 złotych, który *ex definitione* miał zniknąć. Je-

żeli przeto nadal figuruje, to jest to dowód, że amortyzacja n i e nastąpiła kosztem zysku, lecz kosztem majątku zakładowego. poglądu, z S i m o n e m na czele, zalecają sumę umorzonych akcji, o którą zmniejsza się kapitał, wstawić do pasywów, jako rezerwę ustawową *(Einziehungsreserve)* i w ten sposób utrzymać pierwotną sumę pasywów. Atoli dla wierzycieli nie jest obojętne, czy w pasywach figuruje kapitał akcyjny w kwocie 500.000 zł, czy też połowa tej kwoty stanowi kapitał, a druga połowa rezerwę, gdyż ta rezerwa może być każdej chwili rozwiązana. Oczywiście zarzut ten odpada wówczas, gdy prawo stawia tę rezerwę — pod względem stałości — na równi z kapitałem, jak to czyni u s t a w a n i e m i e c k a w § 192, ust. 5. W braku jednak takiego pozytywnego przepisu, redukcja kapitału prowadziłaby nieuchronnie, mimo wstawienia powyższej 363, § 2, wolna od formalności, służących ku ochronie wierzy- rezerwy, do d e w i n k u l a c j i odpowiedniej części czystego majątku, ze szkodą wierzycieli.

Dlatego na gruncie p r a w a p o l s k i e g o należy tę koncepcję stanowczo odczucić i uznać, że jeśli amortyzacja ma się ograniczyć do wyczerpania czystego zysku i ma być w myśl art. cieli, to suma kapitału musi pozostać niezmieniona (zgodnie wnej mierze instytucja tzw. a k c y j u ż y t k o w y c h *(Genus-*
Aby uniknąć tej konsekwencji, niektórzy wyznawcy tego J e r i c h, w Kom. Kona, str. 326, uw. 7).

Wyraźnie postanawiał to § 49, ust. 6 austr. regulatywu akcyjnego i art. 125 ust. 1 prawa o sp. akc. z r. 1928, który opiewał dosłownie: „postanowienia powyższe o obniżeniu kapitału akcyjnego nie mają zastosowania, gdy spółka, n i e z m n i e j s z a j ą c k a p i t a ł u a k c y j n e g o, umarza akcje z czystego zysku". — Zwrotu tego nie używa obecny art. 363, § 2; z przyczyn atoli wyżej przytoczonych nie powinno zd. m. ulegać wątpliwości, że także na gruncie obecnego prawa amortyzacja akcyj nie musi łączyć się z obniżeniem kapitału. Przemawia za tym także wyłączenie przepisu o amortyzacji z rozddziału traktującego o redukcji kapitału, gdzie był dawniej zamieszczony.

Wyrażenie, że amortyzacja następuje *„z czystego zysku"*, może nasunąć mylne mniemanie, jakoby umorzenie stanowiło tytuł do szczególnego przydziału dywidendy. — Tak pojmują amortyzację samoistną niektórzy uczeni francuscy, jak T h a l l e r-P e r c e r o u, Traité élémentaire de Droit Commercial, 1925, Nr 587, M o r e l, Les actions de jouissance, 1903, i M a r i a, Etude sur les act. de jouiss., 1905. Wychodzą oni bowiem z założenia, że skoro przy tej amortyzacji majątek zakładowy *ex definitione* się nie zmniejsza, to wypłaty na rzecz posiadaczy umorzonych akcyj, mogą mieć jedynie charakter dywidendy *(dividende extraordinaire)*. To rozumowanie nie jest jednak przekonywające. O tym bowiem, jaki charakter ma wypłata, nie rozstrzyga źródło, z którego pochodzą fundusze. Wszak czysty zysk może służyć zarówno na wypłatę dewidendy, jak i na za-

płatę ceny kupna, wynagrodzenia za pracę lub równowartości wkładu. Wyobraźmy sobie, że spółka zakupuje jakieś obiekty majątkowe od swych członków; nikt chyba nie będzie twierdził, że cena wypłacona z czystego zysku stanowi nadzwyczajną dywidendę. Wobec tego nie można także twierdzić, że sumy, jakie spółka wypłaca akcjonariuszowi tytułem ceny kupna, zwrotu wkładu, odszkodowania za utracone uczestnictwo, mają charakter dywidendy. Z tego punktu widzenia jest może bliższa istoty rzeczy stylizacja nowej ustawy niemieckiej, która nie mówi już o umorzeniu z czystego zysku (aus dem Gewinn), jak dawny § 227 kod. handl. niem., lecz traktuje o umorzeniu *„na ciężar“* czystego zysku (zu Lasten des Reingewinns), § 192, ust. 3, p. 2.

I w Niemczech jednak koncepcja *„nadzwyczajnej dywidendy“* ma także obecnie swoich zwolenników (zob. Flechtheim, uw. 2 do znowelizowanego § 227). Przyczyniła się do tego w głównej mierze instytucji tzw. akcyj użytkowych *(Genusscheinaktien, actions de jouissance, azioni di godimento)*. Akcje te umożliwiają bowiem dalsze uczestnictwo w spółce, mimo amortyzacji i wypłaty odszkodowania (zob. art. 364). Z tego powodu zaprzeczono, jakoby w tym odszkodowaniu mieścił się zwrot wkładu, gdyż w tym przypadku dalszy udział w spółce nie miałby rzekomo żadnej racji; w konkluzji uznano przeto, że sumy wypłacone za umorzone akcje, stanowią *„Extradividende“* (zob. Fischer, str. 171/172 i lit. tam cyt., Lehmann-Hoeniger, str. 342 in initio. Reminiscencje tego poglądu zauważyć można także w literaturze polskiej (Dziurzyński, str. 569, uw. 1).

Nie można atoli pogodzić się z myślą, że tylko aktualny wkład daje tytuł do uczestnictwa w spółce, gdyż to koliduje z zasadą słuszności i równomiernego traktowania. Według tych zasad bowiem każdy spólnik, który uiścił wkład i przez to przyczynił się do powstania przedsiębiorstwa, ma tytuł do tego, by do końca jego bytu uczestniczyć w dochodach i majątku spółki, choćby w pewnym momencie ten wkład stał się zbędny i został zwrócony. Nie potrzeba więc usprawiedliwienia akcyj użytkowych przeobrażać zwrotu wkładu w nadzwyczajną dywidendę.

Zresztą niewiadomo — jak słusznie podnosi Brodmann, str. 14, in fine — czym by można uzasadnić wypłatę tej dywidendy i zaliczenie jej na poczet kwoty likwidacyjnej. Niewiadomo też, jakby zwolennicy tej koncepcji zdołali ją obronić wobec faktu, że akcje użytkowe mogą być — według polskiego prawa *(lege non distinguente)*, — wydane także wówczas, gdy umorzenie nastąpiło kosztem majątku zakładowego, a nie z czystego zysku.

4. — Amortyzacja rzeczywista i pozorna. — Niektórzy autorzy uważają, że właściwa amortyzacja zachodzi tylko wówczas, gdy prowadzi do definitywnego zni-

szczenia udziału. Jeżeli natomiast w miejsce umorzonych akcyj spólnik otrzymuje użytkowe, uzasadniające dalsze uczestnictwo, to amortyzacja jest tylko pozorna, a nie rzeczywista *(Scheinamortisation).*[21]) Pogląd ten wymaga m. zd. pewnej korektury. Nie można wprawdzie zaprzeczyć, że akcje użytkowe choć upośledzone — w zakresie prawa do dywidendy i kwoty likwidacyjnej, tudzież w dziedzinie tzw. prawa mniejszości (a to wobec braku wartości nominalnej)[22]) — są jednak akcjami, czyli jednostkami uczestnictwa w spółce i nadają przymiot spólnika. Dzięki tym akcjom zatem spólnik, dotknięty umorzeniem, pozostaje nadal uczestnikiem spółki, lubo na mniej korzystnych warunkach. Materialnie zatem zachodzi tylko zmiana warunków uczestnictwa *(Umwandlung).* Technicznym jednak środkiem tej zmiany jest zniszczenie jednych akcyj i wydanie innych, czyli unicestwienie dawnych praw akcyjnych i powołanie do życia nowych. Formalnie przeto jest to umorzenie.

IV. — Umorzenie a redukcja kapitału. — Z dotychczasowych wywodów wynika, że pojęcia amortyzacji i redukcji kapitału pozostają do siebie w stosunku przecinających się kół. Można je bowiem stosować w następujących kombinacjach: amortyzacja akcyj bez redukcji kapitału, amortyzacja łącznie z redukcją, tudzież redukcja bez amortyzacji. I tak amortyzacja odpłatna, samoistna (z czystego zysku), następuje zawsze bez zniżenia kapitału akcyjnego. Bezpłatne umorzenie natomiast może wprawdzie nastąpić także bez obniżenia kapitału akcyjnego, najczęściej jednak łączy się z jego redukcją. Konieczną zaś jest redukcja tego kapitału przy amortyzacji odpłatnej, jeżeli ona narusza majątek zakładowy. Rozpatrując wreszcie stosunek tych pojęć od strony redukcji kapitału, należy stwierdzić, że amortyzacja jest jednym ze sposobów tej redukcji. W myśl bowiem art. 440 § 1 redukcja ta może nastąpić albo przez tzw. *denominację,* czyli zniżenie wartości nominalnej, albo też przez umorzenie akcji.

V. — Interesy wymagające ochrony. — Amortyzacja spełnia doniosłe funkcje gospodarcze, o których była mowa pod II. Często atoli koliduje ona z różnymi interesami. Jeżeli bowiem następuje w drodze redukcji kapitału, naraża przez to interesy wierzycieli spółki, których bezpieczeństwo zależy w pierwszym rzędzie od wysokości konta kapitału i związanego przezeń majątku spółki. Przymusowe umorzenie zaś narusza interes wywłaszczonych akcjonariuszy, którzy wskutek wyzucia z prawa uczestnictwa, tracą korzystną może lokatę kapitału, a także cały przyrost war-

---

[21]) **Fischer, str. 170 n.; — Lehmann-Hoeniger, str. 341 in fine; — Wieland, str. 176, uw. 10; — Flechtheim, § 227, uw. 42.**

[22]) **Upośledzenie to może zresztą zniknąć, w razie umorzenia wszystkich akcyj i zastąpienia ich akcjami użytkowymi (p. Allerhand, Kom. do k. h., str. 576, uw. 11 i Peiper, Kom. do k. h., str. 422.**

tości akcyj (jeżeli ich kurs jest wyższy od wynagrodzenia wypłaconego przez spółkę). Nie jest też amortyzacja obojętna dla pozostałych akcjonariuszy i dla samej spółki, gdyż może ją pozbawić potrzebnego kapitału obrotowego, poszkodować przez nadmierną zapłatę, zmienić układ sił na zgromadzeniu, itd.[23]) Te wszystkie momenty musi więc prawodawca uwzględnić przy unormowaniu amortyzacji i ustanowić właściwe gwarancje dla zagrożonych przez nią interesów. Jak to zadanie spełnił prawodawca polski, o tym obecnie będzie mowa.

VI. — Warunki amortyzacji. a) Zasadniczym warunkiem wszelkiej amortyzacji jest odpowiednia podstawa w statucie (art. 363, § 1).

Wymóg ten przy umorzeniu połączonym z redukcją kapitału wynika już z przepisu art. 309, § 1, p. 4. Według tego przepisu bowiem wysokość kapitału akcyjnego należy do istotnej, obligatoryjnej treści statutu. W konsekwencji przeto, redukcja tej sumy — przez umorzenie akcji — możliwa jest tylko o tyle, o ile już pierwotny statut to przewidział, lub o ile odpowiednie postanowienie zostało później do statutu wprowadzone (art. 440, § 2).

Przepis art. 363, § 1, sięga jednak znacznie dalej. Wymaga on bowiem statutowego upoważnienia bez względu na rodzaj amortyzacji a więc także wówczas, gdy umorzenie ma nastąpić bez wynagrodzenia, lub też na ciężar czystego zysku, bez obniżenia kapitału akcyjnego. Tłumaczy się to poszanowaniem nabytych praw akcjonariuszy, których naruszenie, przez przymusową amortyzację akcyj, odpowiada słuszności tylko wówczas, jeżeli wszyscy akcjonariusze lub ich poprzednicy poddali się z góry temu ograniczeniu, wyrażając — w aktach założenia (art. 314 § 1) lub w zapisach na akcje (art. 319, § 2, p. 3) — zgodę na brzmienie statutu, w którym umorzenie było przewidziane.[24]) Z tego punktu widzenie byłby też zrozumiały postulat ustawy, by postanowienie o amortyzacji przymusowej mieściło się w statucie jeszcze przed subskrypcją, albo też — w razie późniejszego zamieszczenia — miało za sobą zgodę dotkniętych umorzeniem spolników (jak tego żąda np. § 192, ust. 1 niemieckiej ustawy akcyjnej). Takiego wymogu jednak ustawa polska nie stawia, a wobec tego należy uznać za prawną i dozwoloną zarówno amortyzację przewidzianą w statucie pierwotnym, jak i amortyzację postanowioną kiedykolwiek później, w uchwale zmieniającej statut (art. 131 § 1). Ponieważ zaś taka uchwała nie podlega szczególnym przepisom, poza tymi,, które obowiązują przy każdej zmianie statutu, — art. 408, § 1 (kwalifikowana większość głosów) i art. 431 (rejestracja), w szczególności zaś nie podlega przepisowi

---

[23]) Zob. **Flechtheim**, § 227, uw. 3.
[24]) Zob. **Staub-Pinner**, II, str. 214, in princ.

art. 408 § 3, (skoro nie chodzi tu o uszczuplenie praw przyznanych osobiście poszczególnym akcjonariuszom), — przeto na gruncie ustawy polskiej amortyzacja może być narzucona uchwałą zgromadzenia powziętą większością trzech czwartych głosów, choćby wbrew głosom spólników interesowanych.[25])

Pod pewnym atoli względem kodeks polski jest bardziej wymagający, niżeli ustawa niemiecka, a mianowicie na punkcie amortyzacji dobrowolnej. Amortyzacja taka nie korzysta bowiem z żadnych ułatwień przewidzianych w ustawie niemieckiej (§ 192 ust. 1 i 3) i musi być ugruntowana w pierwotnym lub zmienionym statucie nawet wówczas, gdy ustępuje z czystego zysku lub bezpłatnie, bez obniżenia kapitału, gdy więc nie zagraża ani interesom wierzycieli (skoro kapitał akcyjny się nie zmniejsza), ani też interesom akcjonariuszy (którzy dobrowolnie odstąpili akcje w celu umorzenia). Tłumaczyć to sobie należy względami na interesy spółki i pozostałych akcjonariuszy, które także przy tej amortyzacji mogą być na szwank narażone (p. wyżej pod V).

Sporne w nauce niemieckiej pytanie, jak dalece należy w statucie przygotować umorzenie, w szczególności czy wystarczy je tylko „przewidzieć", czy też trzeba je bliżej unormować[26]), rozstrzyga wyraźnie kodeks polski w art. 309 § 2 p. 3[27]). W myśl tego przepisu powinien statut — pod rygorem bezskuteczności wobec spółki — podawać warunki i sposób umorzenia akcji. Nie wystarcza przeto ogólnikowe postanowienie, że „amortyzacja jest dopuszczalna", gdyż to otwierało by zbyt szerokie pole dla dowolności zarządu. Z drugiej zaś strony nie jest potrzebne wypracowanie w statucie szczegółowego planu amortyzacyjnego. Wystarcza, i jest konieczne, ustalenie najważniejszych zasad, miarodajnych dla przyszłej amortyzacji. W szczególności więc potrzebne jest, jak sądzę, określenie terminu amortyzacji, sumy amortyzowanych akcyj, a przede wszystkim, rodzaju umorzenia (przymusowe czy dobrowolne, bezpłatne czy za zapłatą, i w jaki sposób obliczaną, z majątku zakładowego, czy z czystego zysku). Dalsze zaś szczegóły, jak np. sposób wypowiedzenia lub losowania akcyj, można pozostawić do unormowania tej władzy, która ma przeprowadzić umorzenie, tj. zarządowi. Oczywiście, i co do tych szczegółów, jak w każdej materii, może zapaść i zwykle zapada uchwała zgromadzenia. Musi zaś być powzięta tylko wówczas, gdy statut tego żąda; taka uchwała nie podlega jednak przepisom o zmianie statutu, gdyż ona

---

[25]) **Zgodnie** — jak się zdaje **Jerich** (w Kom. Kona), str. 325, uw. 4a, odmiennie, w odniesieniu do spółek z ogr. odpow., **Tomkiewicz-Bloch,** którzy dla uchwalenia amortyzacji przymusowej, w drodze zmiany umowy, wymagają zgody wszystkich spólników (str. 73).

[26]) Zob. co do tego **Flechtheim,** § 227, uw. 11.

[27]) Zob. **Allerhand,** str. 573, uw. 3 i **Peiper,** str. 420, uw. 3.

stanowi urzeczywistnienie a nie jego zmianę, w szczególności więc nie wymaga ona kwalifikowanej większości głosów ani rejestracji.

b). Dalsze wymogi obowiązują wówczas, gdy amortyzacja łączy się z redukcją kapitału akcyjnego. W tym przypadku należy mianowicie stosować przepisy art. 440 i nast. W szczególności więc należy przeprowadzić konwokację wierzycieli (art. 441) i zarejestrowanie redukcji (art. 443). Uchwała zaś z art. 440 § 2 potrzebna jest tylko wówczas, gdy w pierwotnym statucie umorzenie z majątku zakładowego nie było przewidziane[28]); taka uchwała stanowi zmianę statutu, omówioną już wyżej pod a).

VII. — Czynności przygotowawcze. — Mianem tym określam te różne czynności, które indywidualizują akcje, skazane na unicestwienie, i uprawniają do amortyzacji *in concreto*[29]). Ten charakter posiada nabycie własnych akcyj przy amortyzacji dobrowolnej[30]). Desygnacja zaś akcyj umarzanych przymusowo następuje najczęściej w drodze losowania. Ten sposób odpowiada bowiem najlepiej zasadzie równomiernego traktowania. Dlatego też kodeks w art. 364 § 1 wymienia losowanie jako synonim amortyzacji przymusowej. Nie znaczy to jednak, aby losowanie było jedynym sposobem tej amortyzacji. Jest ono bowiem w ogóle zbędne, gdy amortyzacja ma objąć akcje wyspecyfikowane już w uchwale zgromadzenia lub wszystkie akcje pewnego gatunku. Jeżeli zaś nawet, w innych przypadkach, zachodzi potrzeba selekcji przez zarząd, może jej dokonać także w inny sposób[31]), w szczególności drogą wypowiedzenia, pochodzącego albo od spółki, albo też, rzadziej, od akcjonariusza[32]).

W jakich warunkach może to nastąpić, o tym rozstrzyga statut lub walne zgromadzenie. Nauka niemiecka

---

[28]) Tak **Allerhand**, str. 672, uw. 3; **Dziurzyński**, str. 428, uw. 3 i 638, uw. 1; — przeciwnie co do spółek z ogr. odp. **Tomkiewicz-Bloch**, str. 200 in fine, i **Peiper**, str. 298, uw. 2.

[29]) Por. **Brodmann**, str. 207 in medio.

[30]) Zgodnie **Flechtheim**, § 227, uw. 14, który określa w tym wypadku nabycie akcyj, jako „vorbereitende Massnahme".

[31]) Tak **Kaczkowski**, str. 303 in fine, **Jerich**, str. 325, uw. 3, **Allerhand**, str. 575, uw. 2 i **Peiper**, str. 420, uw. 3 do art. 363.

[32]) Tak **Staub-Pinner**, § 185, uw. 8, **Wieland**, str. 175 i **Flechtheim**, § 227, uw. 6. Flechtheim dodaje jednak, że wypowiedzenie ze strony akcjonariusza może być jedynie podstawą umorzenia z czystego zysku. Przyznanie bowiem akcjonariuszowi bezwarunkowego prawa wypowiedzenia, mogło by, z braku czystego zysku, doprowadzić do naruszenia majątku zakładowego, z obrazą § 213, który zabrania zwrotu wkładów. Zastrzeżenie to nie wydaje mi się jednak słuszne. Jeżeli bowiem brak czystego, wystarczającego na pokrycie kosztów amortyzacji, zysku, wypowiedzenie dokonane przez akcjonariusza odniesie skutek tylko wówczas, o ile nastąpi redukcja kapitału. Wtedy zaś zwrot wkładów nie naruszy §-u 213.

domaga się jednak przy tym respektowania zasady równomiernego traktowania, która wymaga, aby wypowiedzenie dotyczyło wszystkich członków spółki lub przynajmniej wszystkich posiadaczy akcyj pewnego gatunku; przyczyną wypowiedzenia nie mogą być zatem osobiste stosunki lub zachowanie poszczególnego akcjonariusza, jako to uchylanie się od świadczeń dodatkowych, utrata pewnej kwalifikacji (np. obywatelstwa), śmierć, upadłość, itp.[33]).

Pogląd ten ma pełną rację na gruncie prawa niemieckiego. W prawie tym bowiem obowiązuje, ogólnie w ustawodawstwie akcyjnym przyjęta, zasada ograniczonego obowiązku *(beschränkte Haftung, beschränkte Beitragspflicht)*. Zasada ta opiewa, że obowiązki akcjonariuszy ograniczają się do jednej tylko powinności, mianowicie do wniesienia wkładu, i nie mogą być pod nieważnością rozszerzone (p. np. art. 219 k. h. austr., § 211 k. h. niemiec., § 49 niem ustawy akc., art. 633 pr. oblig. szwajc.)[34]). Otóż między tą zasadą a zbywalnością i niemożnością wypowiadania akcji, zachodzi bezwątpienia ścisła współzależność[35]). Jasne jest bowiem, że gdy spółka nie może pociągnąć swych członków do żadnych dalszych świadczeń, poza wkładem, to *eo ipso* nie może także zastrzec prawa wypowiedzenia akcyj na przypadek, gdyby akcjonariusze „dobrowolnie" świadczeń tych nie spełnili; było by to obejście powyższej zasady drogą przymusu pośredniego. W razie zaś zwłoki akcjonariusza w uiszczeniu wkładu (gotówkowego)[36]), wypowiadanie akcyj jest zbyteczne, gdyż wówczas spółka ma do dyspozycji inny radykalny środek w celu wyłączenia opieszałego akcjonariusza i pokrycia zaległości, *sine strepitu iuris*, a mianowicie tzw. *kadukowanie akcji* (zob. wyżej pod I). Nie ma też tytułu do wypowiedzenia w razie zmiany osobistych stosunków spólnika (spowodowanej np. jego śmiercią, zadłużeniem, upadłością), skoro — wobec łatwej realizacji należności za akcje i braku innych roszczeń ze strony spółki — osoba spólnika nie odgrywa w spółce żadnej roli. Również dla spólnika prawo wypowiedzenia akcji nie miało by większego znaczenia. Dzięki bowiem zasadzie ograniczonego obowiązku, nie grożą mu żadne zobowiązania osobiste, w obawie przed którymi miałby ze spółki wystąpić. Jeżeli zaś nie jest w stanie podołać jedynemu obowiązkowi majątkowemu, jakim jest opłacenie akcji, może go z łatwością uniknąć przez jej zbycie, które (w związku

[33]) **Staub-Pinner**, § 227, uw. 5; — **Brodmann**, str. 203; — **Goldschmit**, str .191, uw. 8; — **Müller-Erzbach**, Deutsches HR, 1928, str. 292; — **Wieland**, II, str. 174 n.; **Flechtheim**, § 227, uw. 12 i literatura tam cyt.

[34]) Vide **Hallstein**, str. 246, uw. 296.

[35]) P. zwłaszcza **Fischer**, § 17, I, i **Wieland**, str. 46 n.

[36]) Wkład rzeczowy musi być bowiem wniesiony w całości przed powstaniem (zarejestrowaniem) spółki.

z ograniczoną odpowiedzialnością) nie natrafia w zasadzie ani na prawne ani na faktyczne trudności.

Wręcz przeciwnie natomiast, w miarę jak zakres obowiązków członkowskich się rozszerza, prawo wypowiedzenia dla obu stron staje się wprost nieodzowne. Dla spółki bowiem konieczny jest ten rygor, na wypadek gdyby spólnicy nie spełniali lub gdyby — wskutek śmierci, upadłości itp. okoliczności — powstała niepewność, co do należytego spełniania przez nich obowiązków, nie pozostających pod sankcją kadukowania akcji. Dla spólnika zaś wypowiedzenie stanowi jedyną ucieczkę przed uciążliwymi zobowiązaniami, gdyż — wobec tych obowiązków i znaczenia indywidualności spólników — zbycie akcji jest zazwyczaj prawnie, czyli statutowo (art. 348 § 2) lub ustawowo (np. art. 361 § 2) ograniczone, tudzież faktycznie (wobec mniejszego popytu) utrudnione.

Potwierdzenie powyższej tezy znajdujemy nie tylko w ustroju spółek osobowych, lecz także w organizacji tych spółek kapitału, które przejęły cechy personalne. Mam tu na myśli w pierwszym rzędzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w których „przymieszka" tych cech jest największa. Spółki te powstały bowiem jako *remedium* przeciw niedogodnościom formy akcyjnej, pod hasłem zbliżenia do siebie spólników, trwałego związania ich ze spółką i wciągnięcia do czynnej współpracy. Wyrazem tego jest szeroki zasięg członkowskich obowiązków i utrudnienie obrotu udziałami. Odpowiednikiem zaś tych cech jest tendencja do umożliwienia indywidualnego wyłączenia i ustąpienia spólników. Możemy ją zaobserwować już w prawie niemieckim, które było kolebką tej asocjacji. Ujawnia się ona w formie prawa porzucenia udziału przez spólnika *(Abandonrecht)*, prawa wypowiedzenia spółki (z mocy umowy lub nawet z ważnych przyczyn, bez względu na umowę[37]), a wreszcie w postaci szeroko zakrojonego prawa umorzenia udziałów, z powodu niespełnienia przez spólników jakichkolwiek świadczeń dodatkowych lub utraty osobistych właściwości wymaganych do uczestnictwa w spółce[38]). Po tej linii poszedł też kodeks polski, przewidując wyraźnie prawo wyłączenia poszczególnego spólnika z ważnych przyczyn (art. 280 i nast.), i pozwalając na wyłączenie umowne na wypadek śmierci (art. 183). Nauka zaś uznała słusznie, że okoliczności dotyczące poszczególnych uczestników spółki, jak np. choroba, zmiana siedziby, zmiana oby-

---

[37]) P. w tej materii **Bergman**, Zur ausserordentlichen Kündigung bei der Nebenleistungsgesellschaft, Zeitschr. für das ges. Handels. u. Konkursrecht, 1934, str. 373 n.

[38]) P. **Gierke**, str. 433; — **Flechtheim**, § 227, uw. 12; — **Hachenburg**, § 34, uw. 3.

watelstwa, mogą być powodem przymusowej amortyzacji udziałów[39]).

Również na gruncie prawa akcyjnego nauka niemiecka musiała uznać prawo nadzwyczajnego wypowiedzenia z ważnych przyczyn, w razie przywiązania do akcji obowiązku powrotnych świadczeń niepieniężnych[40]). Przenosząc tedy ten punkt widzenia na grunt polskiego kodeksu, należy prawo wypowiedzenia uznać bez wszelkich zastrzeżeń. W polskim prawie nie obowiązuje bowiem zasada ograniczonej odpowiedzialności[41]). Można przeto w statucie włożyć na spólników wszelkiego rodzaju świadczenia (art. 307 § 2), jak np. obowiązek dopłat, dostaw, zaniechania konkurencji, uczestniczenia we władzach spółki itd.[42]). Wskutek zaś takich obowiązków, uczestnictwo w spółce staje się niekiedy (w razie zmiany osobistych lub gospodarczych stosunków) nieznośnym ciężarem, a osoba spólnika zyskuje na znaczeniu, co z kolei prowadzi do statutowego ograniczenia obrotu akcjami i osłabienia popytu na akcje. Słusznym jest tedy postulat, by spółka mogła wyłączyć niepożądanego uczestnika, a spólnik miał możność wypowiedzenia uciążliwego uczestnictwa[43]).

Chodzi tylko o to, czy w prawie pozytywnym istnieje odpowiednia droga do urzeczywistnienia tej myśli. Moim zdaniem tak. Co prawda niema w kodeksie przepisu, który by wprost przyznawał prawo wypowiedzenia akcji. Można je wszakże m. zd. ugruntować w statucie spółki, w ramach art. 363, tzn. jako czynność wstępną do umorzenia, uzależnioną od ważnych powodów, dotyczących poszczególnego spólnika[44]). W szczególności więc można w statucie postanowić, że w razie niespełnienia świadczeń dodatkowych, w razie śmierci spólnika, upadłości lub utraty pewnej niezbędnej kwalifikacji, akcje jego mogą być — przez niego lub przez spółkę — wypowiedziane i przymusowo umorzone[45]).

VIII. — Akt umorzenia. — Jest to jednostronne oświadczenie spółki, orzekające zniszczenie oznaczo-

---

[39]) **Dziurzyński**, str. 340 in medio; — **Peiper**, str. 230, uw. 2.

[40]) P. **Fischer**, str. 384; **Müller-Erzbach**, str. 322; — **Wieland**, str. 51 i 175.

[41]) Zob. **Uzasadnienie Kom. Kod.**, str. 54 n.

[42]) Tak **Jackowski** (Kom. do pr. akc. pod red. Kona), str. 4; — **Dziurzyński**, str. 489, uw. 4, i **Peiper**, str. 353, uw. 5; przeciwnie **Kaczkowski**, str. 114 i **Allerhand**, str. 483 in initio i 487, uw. 17.

[43]) Zgodnie **Dziurzyński**, str. 490.

[44]) Co do możliwości takiej kombinacji na gruncie niemieckiej ustawy o spółkach z ogr. odp., zob. **Hachenburg**, § 34, uw. 27.

[45]) Postanowienie takie nie narusza w niczym interesu wierzycieli. Skuteczność bowiem wypowiedzenia zależy od umorzenia akcji, a umorzenie — jeśli nie następuje bezpłatnie lub z czystego zysku — uzależnione jest od zgody lub zaspokojenia wierzycieli (art. 363 § 2 i 440 n.).

nej akcji, jako jednostki uczestnictwa. Oświadczenie to musi być złożone wobec odnośnego akcjonariusza. Wymóg ten atoli nie obowiązuje przy amortyzacji dobrowolnej, mającej za przedmiot własne akcje spółki. I w tym przypadku jednak sama decyzja spółki nie wystarcza, dopóki nie zostanie w jakikolwiek sposób na zewnątrz objawiona (zob. wyżej pod III, 1).

Dopiero z chwilą dokonania aktu umorzenia, (w pr. niem. *„Einziehungsakt“),* prawo akcyjne wygasa. Nie rozstrzyga zatem ani moment powzięcia lub zarejestrowania uchwały, która stwarza tylko podstawę dla umorzenia, ani też wyżej omówione czynności wstępne, zmierzające do oznaczenia konkretnych akcyj, skazanych na zniszczenie. Wszystkie te czynności stanowią bowiem tylko przygotowanie do właściwej amortyzacji, która następuje dopiero z chwilą, gdy spółka objawi wolę zniszczenia własnych akcyj (np. przez ostemplowanie lub zniszczenie dokumentu) lub też — w razie amortyzacji przymusowej — złoży odpowiednie oświadczenie, wobec akcjonariusza, zgodnie z art. 30 kod. zobow.[46]).

Oczywiście nie zawsze można ten objaw woli oddzielić od poprzednich czynności. Jeżeli bowiem np. uchwała zgromadzenia wymienia *numeratim* własne akcje spółki, podlegające amortyzacji z czystego zysku, to już z chwilą powzięcia tej uchwały amortyzacja będzie dokonana. W ogłoszeniu zaś o wyniku losowania zbiega się czynność przygotowawcza z dorozumianym skasowaniem akcji. Nie powinno to jednak przesłaniać pojęciowej odrębności aktu umorzenia.

---

[46]) Pogląd nauki na tę kwestię nie jest jednolity. Niektórzy autorzy wiążą bowiem moment umorzenia albo z uchwałą walnego zebrania (lub jej rejestracją), albo też z czynnościami wstępnymi. Istnieje także teoria pośrednia Schlegelbergera — Quassowskiego — Schmöldera, Verordnung über AR vom 19/9 1929, którzy odróżniają aż dwa momenty amortyzacji, a mianowicie moment **„der geschehenen Einziehung“** i moment **„der durchgeführten oder erfolgten Einziehung“**. O pierwszym ma rozstrzygać zarejestrowanie uchwały, o drugim akt amortyzacji. W istocie teoria ta, poza bałamutną terminologią, nie wnosi nic nowego.

Dr KAROL KORANYI
Docent U. J. K. we Lwowie

Kastracja w świetle średniowiecznych pomników prawnych.

I.

Ustawy niemieckie o kastracji przestępców i sterylizacji osób dziedzicznie obciążonych, wywołały obszerną dyskusję w literaturze lekarskiej, prawniczej, teologicznej, a także i historycznej[1]).

Wzmianki o kastracji jako karze mamy już w najdawniejszych pomnikach prawnych. Karę pozbawienia męskości, obok innych kar mutylacyjnych, znają już prawo indyjskie, prawo staroegipskie[2]) i chińskie[3]), głównie jako karę za gwałt na niewieście[4]).

Nie zna natomiast kary tej aż do III wieku po Chrystusie prawo rzymskie. Po raz pierwszy wówczas zastosował, wedle opowiadania historyka Dio Cassiusa, cesarz Septimius Severus karę kastracji na oskarżonych o cudzołóstwo i przestępstwa płciowe. Był to jednakowoż fakt odosobniony. W zasadzie bowiem prawo rzymskie bardzo ostro występowało przeciw okaleczaniu mężczyzn. *Senatusconsultum* pochodzące z czasów przed panowaniem cesarza Hadriana postanawia, iż *„qui hominem inuitum libidinis aut promercii causa castrauit castrandumue curauit, siue is seruus siue liber sit, capite punietur, honestiores publicatis bonis in insulam deportantur“*[5]). — Wydany następnie reskrypt cesarza Hadriana zawiera wyraźny zakaz przeprowadzenia kastracji, czy to wolnego, czy niewolnego, i to bez względu na to, czy była udzielona zgoda na odnośną operację czy też nie. Za naruszenie tego zakazu przewiduje reskrypt karę śmierci na lekarzu, który operacji dokonał, jak i na tym,

---

[1]) Krótki rys historyczny daje **M. T. Nisot**, Histoire internationale de la stérilisation humaine, (Résumés des communications présentées au Congrès, Varsovie 1933, II, str. 356 n.). — Rozprawa **Peter Browe S. J.**, Zur Geschiche der Entmannug, Eine Religions - und Rechtsgeschichtliche Studie, Breslau 1936. (Breslauer Studien zur historischen Theologie, N. F. Band I) nie była mi dostępna.

[2]) **Hermann Post**, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, Oldenburg 1880, str. 208; **Tenże**, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, Oldenburg 1895, II, str. 279 uw. 6.

[3]) **Joseph Kohler**, Chinesisches Strafrecht, Würzburg 1886, str. 6, uw. 3 i 5.

[4]) **Post**, Grundriss, str. 384.

[5]) Ivlii Pavli Libri Qvinqve sententiarvm, V, 23, 13; por. też D. 48, 8, 3, 4: „qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, ex senatus consulto poena legis Corneliae punitur“.

który dobrowolnie się jej poddał *(medico, qui exciderit capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit)*[6]. — Postanowienie to parokrotnie potem powtórzone, obostrzył Konstantyn Wielki, wprowadzając ponadto konfiskatę niewolnika, na którym dokonano zabiegu, oraz domu, w którym operacja się odbyła[7].

Wszystkie te przepisy weszły później do kodyfikacji justyniańskiej. Sam zaś Justynian wprowadził w noweli z r. 558[8]) ważną inowację — mianowicie przewiduje, opartą na prawie talionu, karę kastracji na mężczyźnie, który operacji tej dokonał na drugim mężczyźnie. Jest to niewątpliwie pierwsze w pomnikach średniowiecza postanowienie, które wprowadza karę kastracji.

II.

Obok prawa świeckiego wystąpiło z końcem epoki starożytnej przeciw kastracji prawo kościelne.

W pierwszych bowiem wiekach chrześcijaństwa rozpowszechniony był, oparty na błędnej wykładni zdania Ewangelii Mateusza (19, 12), zwyczaj samookaleczania się, propagowany przez fanatyków ascetyzmu. Takiego na przykład samookaleczenia się dokonał był głośny pisarz kościelny, z pierwszej połowy III stulecia, Origines, który w ten sposób pragnął usunąć wszelkie podejrzenia co do czystości swego życia[9]. I w późniejszych wiekach zdarzały się tego rodzaju wypadki, stwierdza to na przykład pismo papieża Benedykta XII do arcybiskupa poznańskiego z r. 1336 w sprawie udzielenia dyspensy od *irregularitas ex defectu corporis* mnichowi, który — mylnie interpretując zdanie Ewangelii (Mat. 5, 30: *Si scandalizet te manus tua, abscinde eam: arbitrans in hoc deo magnum obsequium se prestare, puerilique sensu seductus, sua virilia per manum cuiusdam famuli sui secularis amputari fecit*[10]).

Zwalczając zwyczaj okaleczania mężczyzn, odrzuca prawo kościelne w zasadzie przyjęcie kastrata, który dobrowolnie, i to nie z konieczności poratowania zdrowia, poddał się był kastracji, do stanu duchownego. Po raz pierwszy sformułowane zostały odnośne postanowienia na synodzie powszechnym w Nicei, w r. 325[11]). Spotykamy je

[6]) D. 48, 8, 4.

[7]) C. 4, 42, 1.

[8]) Novella 142.

[9]) **Franz Bernhöft**, Zur Geschiche des europäischen Familienrechts, w Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, VIII, 1889, str. 191.

[10]) **Augustus Theiner**, Vetera Monumenta Poloniae et Lithuaniae, I, str. 381 nr 503.

[11]) **Mansi**, Collectio Conciliorum II, str. 668. — Postanowienia te nie dotyczą tych, którzy dla zdrowia poddali się operacji lub na których dokonano jej wbrew ich woli.

później w jednym z najstarszych zbiorów prawa kościelnego, tzw. *„Canones Apostolorum“*, które wyraźnie podkreślają, iż *„si quis absciderit semetipsum, id est, si quis sibi amputavit virilia, non fiat clericus, quia suus homicida est, et Dei conditionibus inimicus“*[12]).

Postanowienia te kilkakrotnie potem były powtarzane w uchwałach synodalnych i weszły następnie do Corpus iuris canonici, mianowicie do *Dekretu Gracjana* (c. 7 Dist. 55), który powołuje się na uchwały soboru nicejskiego i do *Dekretałów Grzegorza* IX (c. 3 X de corpore vitatis I. 20), które powołują się na wspomniane kanony apostolskie.

III.

Od wieku V ważną rolę w kształtowaniu się stosunków prawnych na Zachodzie Europy odgrywać zaczęły prawa germańskie, ulegające niekiedy wpływom wspomnianych już praw, rzymskiego i kościelnego.

W prawie karnym rozmaitych szczepów, w którym odwet wielką odgrywał rolę, *mutylacja* przestępcy, oparta także częściowo na pewnych wierzeniach religijnych, była jednym ze sposobów zemsty pokrzywdzonej jednostki czy rodu.

Zwyczaj okaleczania wrogów istniał również jako zwyczaj wojenny. Jako taki utrzymał się on nawet do XI wieku. Spotykamy się z nim we Włoszech u Longobardów w VII stuleciu, o czym wspomina Paweł Diakon[13]), a w wieku XI w Niemczech, gdzie w r. 1078 okaleczono wziętych do niewoli chłopów[14]) — oraz w Anglii, gdzie w r. 1098 Normanowie skastrowali wziętych do niewoli Walijczyków[15]).

W pomnikach praw germańskich mamy szereg wzmianek o kastracji. Zarówno prawo Franków salickich[16]), jak i prawo Franków rypuarskich[17]), prawo alamańskie[18]), turyngskie[19]) i fryzyjskie[20]), przewidują wysokie kary pie-

---

[12]) **Carl Joseph Hefele**, Conciliengeschichte, 2 Aufl. Freiburg i. B., Tom I, str. 806.

[13]) W swej historii Longobardów 5, 40 (Mon. Germ. Hist. Scriptores rerum longobardicarum), w opowiadaniu o walce Alahisa z królem Kunikbertem; — zob. też **Jacob Grimm**, Deutsche Rechtsaltertümer, II/4 Aufl., str. 299.

[14]) **Mon. Germ. Hist.** Scriptores V, str. 311, 435; — zob. też **Eugen Rosenstock**, Könighaus und Stämme, Leipzig 1914, str. 27.

[15]) **Felix Liebermann**, Die Gesetze der Angelsachsen, II, str. 388.

[16]) Lex Salica 31, De debilitatibus, 18: „Si qui ingenuus ingenuum castraverit aut virilia truncaverit, ut mancus fiat 4000 denariis culpabilis iudicetur“ (Germanenrechte II. 1, str. 46); por. też Pactus Legis Salicae 29. 9 (Germanenrechte I, str. 44).

[17]) Lex Ribuaria 6. De castratione; 27 De castratione servorum (Germanenrechte II, 1 str. 140, 148).

[18]) Lex Alamannorum 63, 5 i 6 (**Germanenrechte** II, 2 str. 48).

[19]) Lex Thuringorum 16, 17, 18 (**Germanenrechte** III, 3 str. 38).

[20]) Lex Frisionum 58, 59, 86 (**Germanenrechte** III, 3 str. 100, 104, 116).

n i ę ż n e za pozbawienie męskości wolnego, niekiedy także niewolnego. Trafne wyjaśnienie przyczyny tak wysokich kar znajdujemy w późniejszych średniowiecznych pomnikach prawnych. Panstwo mianowicie traci żołnierza, kastrowany bowiem, jak podkreślano, stawał się niezdolnym do służby wojskowej: *inutilis ad pugnandum.*

Również p r a w a s k a n d y n a w s k i e, jak islandzkie *Gragas* i szwedzkie *Westgötalag* przewidują za pozbawienie męskości wysokie odszkodowania pieniężne[21]), a niektóre, jak szwedzkie *Uplandslag,* bardzo surowe kary cielesne. Wedle artykułu 30 tego pomnika: „*legt ein Mann einen andern auf die Erde nieder und entmannt ihn wie irgendein Haustier*", jeśli w sądzie zostanie uznany winnym: „*gelte der Hauptmann seine beiden Hände, und jeder, der dazu half, seine eine Hand*"[22]). Od kary tej jednak można się było wykupić.

Jedyne prawo, które w drodze wyjątku uznawało niekiedy bezkarność kastracji człowieka, było wspomniane już p r a w o i s l a n d z k i e. Zezwalało ono mianowicie bezkarnie pozbawić męskości żebraka: „*Recht ist Bettler zu entmannen, und das Gesetz straft es nicht, wenn sie auch entstellende Wunden davon leiden oder den Tod*"[23]).

Z drugiej jednakowoż strony, szereg praw szczepowych germańskich przewidywał kastrację jako karę za niektóre przestępstwa, ograniczając niekiedy stosowanie jej tylko d o n i e w o l n i k ó w.

I tak ustanawia *Lex Salica karę kastracji* na niewolniku, który skradł rzecz wartości 40 denarów. Kara ta jednak była alternatywna. Niewolnik mógł jej uniknąć przez uiszczenie kwoty 240 denarów[24]). Drugi wypadek, w którym *Lex Salica* przewidywała karę kastracji na niewolniku, zachodził wtedy, gdy niewolnik zgwałcił niewolnicę, należącą do obcego pana, i niewolnica ta w następstwie tego umarła. Ale i tu mógł się niewolnik wykupić od powyższej kary przez zapłacenie ustalonej przez prawo kwoty pieniężnej[25]). Podobny przepis mieści się również w *Lex Ribuaria*[26]). Zbliżone również jest postanowienie ustawy A l r e d a W i e l k i e g o w Anglii z końca wie-

---

[21]) Graugans III (§ 86). (Germanenrechte IX, str. 135); — Aelteres Westgötalag: „Entmannt man einen Mann, neun Mark für die Verstümmelung ud neun Mark für die Wunde" (Germanenrechte VII, str. 18).

[22]) Tamże, str. 149.

[23]) Germanenrechte IX, str. 427.

[24]) Lex Salica, 13. De furtis servorum vel infracturis: „Si furaverit (servus) quod valent 40 denarios aut castretur, aut 240 denarios reddat" (Germanenrechte II, 1 str. 20) por. Pactus Legis Salicae 12, 2 (Germanenrechte I, str. 18).

[25]) Lex Salica 27, 4: „Si servus cum ancilla aliena moechatus fuerit et de ipso crimine ancilla mortua fuerit, servus ipse aut castretur, aut 240 denariis culpabilis iudicetur (Germanenrechte II, 1 sr. 36), por. Pactus Legis Salicae, 25, 7 (Germanenrechte I, str. 34).

[26]) 58, 17 (Germanenrechte II, 1 str. 176).

ku IX, wedle której *„si servus servam cogat ad violentiam perferendam, castretur“*[27]), nie przewiduje ona jednak, jak to czynią wspomniane prawa szczepowe, zamiany kastracji na okup pieniężny.

Jest rzeczą niezmiernie charakterystyczną, że krajem, w którym kastracja jako kara szerokie miała zastosowanie, jest Anglia. Król Wilhelm I, który zniósł karę śmierci — *(interdico ne quis occidatur aut suspendatur pro aliqua culpa)* — wprowadził na jej miejsce karę oślepienia i wycięcia jąder: *„Eruantur oculi et testiculi abscidantur“*[28]). Następca jego Wilhelm II Rudy skazywał na karę tę za zbrodnię zdrady stanu nawet swych hrabiów jak na przykład Wilhelma hrabiego Eu w Normandii, który jak opowiada kronikarz: *„Guillelmus de Anco palam nequitia convictus fuit quem rex luminibus privavit et amputatis testiculis evir*avit“[29]). Brat Wilhelma II, Henryk I, w ustawie o monecie wprowadził karę odcięcia prawej dłoni oraz wycięcia jąder za fałszerstwo monet[30]). że kara ta za wspomniane przestępstwo faktycznie była wymierzana, potwierdzają wzmianki we wspóczesnych kronikach[31]).

Również kara przewidziana przez ustawę Wilhelma I była często stosowana jeszcze w XIII wieku przez tzw. *iudices itinerantes*[32]), szczególnie za przestępstwa powodujące obrażenia cielesne[33]). Z końcem tego wieku pojawiają się głosy przeciw zbyt szerokiemu stosowaniu tych kar, i żądające ograniczenia ich tylko do wypadku zgwałcenia. Wedle słów nieznanego autora traktatu „Fleta seu commentarius iuris Anglicani“ (I, 38): *„so'ent justiciarii pro quolibet mahemio ad amissionem testiculorum vel oculorum convictum condempnare sed non sine errore; eo quod id judicium nisi in corruptione virginum tantum competebat“*[34]).

Na ogół poza Anglią rzadko spotykamy się z prawem kastracji za przestępstwa inne aniżeli przestępstwa seksualne. Wyjątek taki stanowi prawo szczepowe fryzyjskie. Skazuje ono świętokradcę na karę dodatkową odcięcia uszu i kastrację przed złożeniem go w ofierze obrażonemu bóstwu[35]).

---

[27]) **F. Liebermann**, Die Gesetze der Angelsachsen I, str. 65.

[28]) **Willelmi I Articuli X**, art. 10 (**Liebermann**, Gesetze I, str. 488) w późniejszej kompilacji z początku XIII wieku tzw. **Willelmi articuli Londoniis retracti** kara rozszerzona została na odcięcie nóg i rąk, **Tamże**, str. 491.

[29]) **Oderici Vitalis** Historiae Ecclesiasticae Libri tredecim, edit. **A. Le Prevost** au XIII siècle, Paris 1931, str. 233.

[30]) **Henricus I.** De Moneta, art. 2 (**Liebermann**, Gesetze I, str. 523).

[31]) **Tamże**, II, str. 388.

[32]) **Tamże.**

[33]) Tzw. Mehemium, **Le Foyer**, str. 86.

[34]) **Houard**, Traites sur les coutumes Anglo-Normandes III, Rouen 1776.

[35]) Lex Frisionum (**Germanenrechte** II, 3, str. 124).

Poza tym, jak wspomnieliśmy, ograniczają prawa średniowieczne karę kastracji do przestępstw płciowych.

Pierwszą grupę tych przestępstw stanowią gwałt na niewieście i cudzołóstwo. Jeden z artykułów synodu w Lisieux z 1106 r. postanawia: *„Ut ei qui virginem violaverit, effodiantur occuli et genitalia praecidantur“*[36]). — Autor *„Fleta“*, który jak mówiliśmy podnosił wątpliwości co do dopuszczalności kastracji jako kary za wszelkie okaleczenia, godzi się na stosowanie jej, obok wyłupiania oczu, jako kary za zgwałcenie dziewicy: *„nam pro virginitatis corruptione solebat abscidi, et merito judicari, ut sic pro membro quod abstulit, membrum per quod deliquit amitteret, viz. testiculos qui calorem stupri indexerunt, oculos etiam amitteret, propter aspectum decoris quo virginem concupivit“*. — Pogląd ten jest powtórzeniem zdania słynnego prawnika angielskiego Bractona, który tymi samymi niemal słowami uzasadniał karę kastracji i oślepienia za zgwałcenie[37]).

Na kontynencie z kastracją, jako karą za gwałt na niewieście, spotykamy się w późniejszym prawie średniowiecznym całkiem wyjątkowo. Również sporadyczne są przepisy, które — jak na przykład prawo miejskie miasta Moguncji — przewidują, iż żydowi, utrzymującemu pozamałżeńskie stosunki z chrześcijanką, *„sal man sin ding abe sniden und ein aug ausstechen“*[38]). Kara ta jednak mogła być zamieniona na karę pieniężną.

O ile chodzi o cudzołóstwo, to pomnik prawny z terytorium dzisiejszej Szwajcarii, tzw. *Remedii Curiensis Episcopi Capitula*, z połowy IX stulecia, grozi karą kastracji w razie powtórnego dokonania tego przestępstwa[39]). W wieku XIII jeszcze dozwolone było w Anglii okaleczenie cudzołóżcy przez męża[40]).

Drugą grupę przestępstw zagrożonych karą kastracji były przestępstwa przeciw naturze, mianowicie *homoseksualizm i sodomia*[41]).

Najwcześniejsze wzmianki o karze kastracji homoseksu-

---

[36]) Co do autentyczności tego artykułu podnoszono w literaturze pewne wątpliwości — **Le Foyer**, str. 97.

[37]) **Henricus de Bracton**, De legibus et consuetudinibus Angliae, Lib. III, Tract. II cap. 28: „ideo corruptor puniatur in eo in quo deliquit, oculos igitur amittat propter aspectum decoris, quo virginem concupivit, amittat et testiculos qui calorem stupri induxerunt“ (ed. Travers Twiss II, str. 480).

[38]) **Rudolf His**, Strafrecht des deutschen Mittelalters I, Leipzig 1920, str. 519. — Por. **Grimm**, op. cit. str. 299. — O faktycznym wykonaniu tej kary **Georg Dahm**, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin 1931, str. 304, uw. 61.

[39]) **Mon. Germ. Hist. Leges** V, fol. 183, 443.

[40]) „Ne praesumat quis, nisi pro coniuge, adulterum membris mutilare genitalibus“, **F. Pollock** and **F. Maitland**, The history of english law, Cambridge 1923, str. 484 uw. 6.

[41]) Termin **„sodomia“** obejmuje niekiedy w średniowieczu również **homoseksualizm.**

alistów znajdujemy w prawie wizygockim, w ustawie króla Chindaswinda († 653), która postanawia, iż „*masculorum concubitores, vel qui talia consentientes pertulerint... iudex... castrare procuret*“[42]). — W kilkanaście lat później król Egica w noweli wydanej do tej ustawy ponowił tę sankcję wprowadzając ponadto pewne kary dodatkowe[43]).

Poza Hiszpanią karę kastracji za homoseksualizm znają tylko nieliczne statuty miast włoskich, przede wszystkim Statut podesty m. Florencji z 1325[44]).

W liczniejszych natomiast systemach prawnych znajdujemy karę tę odnośnie sodomii. Jedno z pierwszych wprowadza ją prawo bizantyńskie. Ecloga wydana przez cesarzy Leona Izauryjskiego i Konstantyna w pierwszej połowie VIII wieku postanawia:

hoi alagenomenoi egun ktenotabat kaulkopeistosan[45]).

Przepis ten powtarza się w późniejszych kompilacjach bizantyńskich do XI wieku, przede wszystkim: Ecloga privata aucta[46]), Ecloga ad Prochiron mutata[47]) i Bazyliki[48]).

Poza Bizancjum kara ta za sodomię znana była głównie w północnej Europie. U Fryzów, w późniejszym średniowieczu, występuje ona jako kara alternatywna — obok kary spalenia, lub zakopania żywcem w ziemi. Wybór kary należał do skazanego, który — jeśli wybrał karę okaleczenia — musiał sam na sobie dokonać operacji[49]).

Wreszcie prawo norweskie z XIII wieku postanawia: „*Alles Schandwerk ist uns auch verboten, dass keiner von uns sich mit Vieh vermengen darf. Und wenn er darin erkannt und überwiesen wird, dass er sich mit Vieh vermengt, da soll man ihn entmannen und soll er fahren aus dem Landeigen unseres Königs als Schadmensch und niemals zurückkommen*“[50]).

Z początkiem czasów nowożytnych kara kastracji przestaje być stosowana w praktyce, a nowsze kodyfikacje, że wspomnimy chociażby tak ważną dla prawa karnego (*Constitutio Criminalis Carolina,* zupełnie o niej nie wspominają. Tu i ówdzie nadmienia o niej jeszcze jakiś uczony kryminalista[51]).

---

[42]) Lex Visigothorum III, 5, 4, (**Mon, Germ. Hist. Leges Nationum Germanicarum** I, str. 163).

[43]) Lex Visigothorum III, 5, 7, (Tamże, str. 165).

[44]) **G. Dahm,** Das Strafrecht Italiens, str. 443.

[45]) **Jus Greacoromanum.** Cura J. Zepi et P. Zepi. vol. II, Athenis 1931, str. 59.

[46]) Tit. XVII. 30 (**Jus Graecoromanum** VI, str. 44).

[47]) Tit. XIX, 25 (Tamże, str. 269).

[48]) **Basilicorum Libri LX. ed. Heimbach,** Lipsiae, 1850, vol. V, str. 758.

[49]) Sendrecht § 17. Friesische Rechtsquellen, hrsg. von **Karl v. Richthofen,** Berlin 1840, str. 409, zob. **Rudolf His.** Das Strafrecht der Firesen im Mittealter. Leipzig 1901, str. 119, 174, 199.

[50]) Cristins dóms bolkr. c. 30 (**Germanenrechte,** VI, str. 27).

[51]) Np. Juliusz Clarus, zob. **Ernst v. Moeller,** Julius Clarus aus Alessandria der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, Breslau 1911, str. 118.

Dr WŁADYSŁAW SIEDLECKI
Asystent U. J.

Obrona pozwanego w procesie cywilnym.

Obrona pozwanego w procesie cywilnym polega na podejmowaniu różnego rodzaju czynności procesowych, które mają na celu uzyskanie dla pozwanego korzystnego rozstrzygnięcia sporu, tj. odrzucenie pozwu lub oddalenie powoda z roszczeniem, dochodzonym pozwem. Pozwany przeciwstawia twierdzeniom powoda swe odmienne twierdzenia, przeciwko roszczeniu powództwa podnosi zarzuty. W ten sposób powstaje dla sędziego substrat do wydania rozstrzygnięcia w sporze.

Obrona jednak pozwanego w procesie winna być utrzymana w granicach prawem procesowym dozwolonych, i odpowiadających istocie procesu cywilnego. Gdyby nawet pojmować proces cywilny ze stanowiska walki między stronami („*Kampfverhältnis*" — jak Kohler), to jednak walka ta jest uregulowana przez prawo. Proces jest uczciwą walką o prawo[1]). W żadnym razie obrona pozwanego nie może polegać na przewlekaniu procesu względnie świadomym wprowadzaniu w błąd sądu przez swe twierdzenia. Takie postępowanie pozwanego nie podpada pod pojęcie obrony w procesie i spowoduje dla niego ujemne skutki procesowe a nawet karne. Należy bowiem wyjść z tego założenia, że proces cywilny musi dążyć do wydobycia prawdy, a państwo użyczać ochrony tylko rzeczywistym prawom[2]). Można tu powołać się na słuszne słowa przedmowy do ustawy niemieckiej, nowelizującej procedurę cywilną z 27. X. 1933: „Strony muszą być świadome, że piecza prawna służy nie tylko im, ale zarazem i przede wszystkim bezpieczeństwu prawnemu i całości narodowej. Nie może być dozwolone żadnej stronie wprowadzanie w błąd sądu przez nieprawdę lub nadużywanie jego pracy przez przewlekanie procesu ze złej woli lub z niedbalstwa. Ochronie prawnej, do której każdy ma prawo, odpowiada obowiązek ułatwienia sędziemu wyrzeczenia przezeń prawa a to przez uczciwe i staranne prowadzenie procesu".

Z uwagi na to należy rozważyć teoretyczne podstawy obrony pozwanego w procesie cywilnym, jak

---

[1]) **Kleinfeller:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1925, str. 38—9.

[2]) **Gołąb:** Skupienie i przyśpieszenie w procesie cywilnym, **Głos Prawa,** Nr 5—6/1937.

również środki, które pozwanemu w wykonywaniu tej obrony służą.

I. PRAWO OBRONY POZWANEGO.

Teorie prawa procesu cywilnego oparte na nauce o roszczeniu o ochronę prawną (*„Rechtsschutzanspruch“)*, mimo różnic między nimi zachodzących, dają prawo do ochrony prawnej nie tylko powodowi lecz także pozwanemu. Treść jednak tego prawa do ochrony prawnej, przysługującego pozwanemu, różnie jest przez teoretyków ujmowana. Wach — jeden z założycieli nauki o roszczeniu o ochronę prawną — przyznaje prawo do ochrony prawnej na równi powodowi i pozwanemu. Według niego przedmiotem każdego procesu jest roszczenie o ochronę prawną, tj. roszczenie powoda względnie pozwanego o udzielenie procesowej ochrony prawnej. Proces jest środkiem do udzielenia należnej ochrony prawnej; jest środkiem do zaspokojenia usprawiedliwionego interesu ochrony prawnej. Pozwany, przeciwko któremu wytoczone zostało powództwo, ma interes ochrony prawnej oddalenia tego powództwa (*„Verteidigungsanspruch“* — roszczenie o obronę)[3]). Zgodnie z Wachem, Langheineken przyznaje pozwanemu roszczenie o ochronę prawną jako roszczenie, skierowane przeciwko państwu o oddalenie nieusprawiedliwionego żądania powoda udzielenia mu ochrony prawnej w procesie[4]). Takiego prawa nie odmawia pozwanemu także Grosse, aczkolwiek widzi w nim tylko formę przejawnienia się roszczenia o ustalenie, którego treścią jest obowiązek państwa do wydania korzystnego dla pozwanego wyrzeczenia prawa[5]).

Według nauki o roszczeniu o wyrok (*„Urteilsanspruch“)*, roszczenie o ochronę prawną przejawia się w trzech formach: jako roszczenie wyroku, roszczenie o egzekucję i roszczenie o zabezpieczenie. Roszczenie o wyrok dla powoda występuje w trzech formach: jako roszczenie zasądzenia, ustalenia i ukształtowania stosunku prawnego lub prawa. Temu roszczeniu powoda odpowiada roszczenie pozwanego o oddalenie nieuzasadnionego powództwa (roszczenie o oddalenie — *„Abweisungsanspruch“*)[6]). Pogląd, przyznający pozwanemu w procesie jakieś odrębne roszczenie o ochronę prawną, jest, zdaniem

---

[3]) **Wach:** Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1885, str. 19.

[4]) **Langheineken:** Urteilsanspruch, 1899, str. 24.

[5]) **Grosse:** Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten, Zeitschrift f. d. Zivilprozess, T. 36, str. 113—138.

[6]) **Schüler:** Urteilsanspruch 1921, str. 19 i 68 i nast., tak samo **Langheineken** op. cit., str. 46; — **Planck:** Lehrbuch des d. Zivilprozessrechts, 1887, str. 250.

Stefki, zadaleko idący. Uważa on, że wyrzeczenie przez sąd korzystnego dla pozwanego prawa, to tylko konieczny refleks oddalenia żądania powoda, a nie zaspokojenie samodzielnego prawa pozwanego do ochrony prawnej. Stefko rozróżnia przy tym prawo do korzystnej treści wyroku *(„das Recht auf günstigen Urteilsinhalt“)*, które przysługuje tylko jednej stronie, tj. stronie materialnie uprawnionej wobec jej przeciwnika, i prawo do wydania odpowiadającego materiałowi procesowemu wyroku, które przysługuje w procesie obu stronom. (Stefko: Grundprobleme des zivilprozessrechts, str. 223 i n.).

O ile jednak przyznaje się powodowi w procesie prawo względnie roszczenie o wydanie wyroku *(„Urteilsanspruch“)*, to należy takież samo roszczenie przyznać pozwanemu. Przy czym nie będzie to roszczenie o wydanie korzystnego dla niego orzeczenia, lecz roszczenie o wydanie słusznego wyroku względnie wyroku w ogólności. W procesie nie można bowiem przyjąć, by istniało prawo do korzystnego rozstrzygnięcia, które tylko powodowi lub pozwanemu może przysługiwać. Roszczenie pozwanego o wydanie wyroku jest zawsze roszczeniem procesowym, powstaje bowiem w procesie na skutek wytoczenia przeciwko niemu powództwa, wobec czego nie mogą mieć do niego zastosowania tak prywatno-prawne nauki o materialnym prawie skargi (np. Kroll, Förster-Eccius, Levy), jak również nauki o abstrakcyjnym pozaprocesowym prawie skargi, dziś zresztą przez większość teoretyków odrzucone. Natomiast o ile przyjmiemy, jak Carnelutti, prawo skargi jako prawo procesowe, jako prawo do uzyskiwania zarządzeń *(diritto al provvedimento)*, a w szczególności do wyroku, to takie samo prawo będzie przysługiwać też pozwanemu jako prawo obrony w procesie[7]). Tak jak powód w drodze powództwa realizuje swe prawo do ochrony sądowej, tak pozwany w drodze obrony przeciwstawia swe prawo do ochrony prawnej prawu powoda.

Nauką ujmująca proces jako stosunek prawny, oparta jest na tym założeniu, że istnieją pewne prawa i obowiązki procesowe. Powód ma prawo wnieść pozew i wywołać tym postępowanie procesowe, a przede wszystkim wezwać pozwanego do wdania się w spór, pozwany ma prawo do obrony przed sądem. Prawo procesowe określa uprawnienia i obowiązki, jakie przypadają stronom i sądowi w stosunku ich do siebie. Proces jako całość tych wzajemnych praw i obowiązków stanowi stosunek prawny[8]). Zwolennicy

[7]) **Carnelutti:** Sistema del diritto processuale civile, 1936, str. 897—8, gdzie czytamy dalej: prawo skargi (dirittodi axione), nie jest prawem do opieki prawnej, lecz prawem żądania spełnienia aktów — nie rezultatem, lecz środkiem dla uzyskania tej opieki.

[8]) **Bülow:** Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen 1868, str. 1, i n.

nauki o stosunku procesowym różnią się ze sobą na tym punkcie, kto jest podmiotem stosunku procesowego, a mianowicie, czy stosunek procesowy zachodzi między państwem względnie sądem a stronami, czy tylko między stronami, czy w końcu tak między sądem i stronami jak i stronami między sobą. Bülow, założyciel nauki o stosunku procesowym, rozumiał ten stosunek jako dwustronny, zachodzący między sądem a stronami, gdyż strony mają prawa procesowe wobec sądu a nie wobec siebie. Odmianą tego poglądu jest kierunek, który uważa proces za stosunek trójstronny. Przez wszczęcie procesu zobowiązane jest państwo, w osobie sędziego, do wysłuchania obu stron i wydania słusznego rozstrzygnięcia. Pozwany uzyskuje, na skutek niezależnego od niego zdarzenia wszczęcia procesu, prawo do wysłuchu i do słusznego wyroku[9]). Również kierunek nauki, reprezentowany przez Kohlera, który definiuje proces jako stosunek prawny, zachodzący między stronami, opiera się na tej podstawie, że istnieją pewne prawa i obowiązki procesowe, lecz skierowane są one nie do sądu ale do strony przeciwnej. Stosunek procesowy jest stosunkiem walki; podstawą jego jest to, że nastąpiła zaczepka, której zaczepiony może przeciwstawić obronę[10]). Wspólnym przeto podłożem teorii, opartych na nauce o stosunku procesowym, jest myśl, że istnieją prawa i obowiązki procesowe stron; na pozwanym ciąży wprawdzie obowiązek wdania się w spór, lecz z drugiej strony przysługuje mu prawo do obrony w procesie jako prawo procesowe, należące do istoty procesu jako stosunku prawnego.

Goldschmidt, zwalczając naukę o stosunku procesowym, pragnie zastąpić pojęcie stosunku procesowego przez *„sytuację procesową"*. Strony — według Goldschmidta — mają w toku procesu pewne prawa, ale nie są to prawa w znaczeniu praw subiektywnych — ale tylko w znaczeniu procesowym; są to widoki, możliwości procesowe i zwolnienia od ciężarów procesowych. Również obowiązki procesowe nie są żadnymi obowiązkami prawnymi, lecz tylko ciężarami procesowymi. Sytuacja prawna, to całokształt procesowych widoków, możliwości, ciężarów i zwolnień od ciężarów. Widoki i możliwości procesowe przysługują tak powodowi jak i pozwanemu. Pozwany, przeciwko któremu została wniesiona materialnie nieuzasadniona skarga, ma prawo, w znaczeniu procesowym, żądania oddalenia skargi przez korzystny dla niego wyrok; jest to procesualny *„widok pozwanego"* na od-

---

[9]) **Kleinfeller**: Lehrbuch, str. 38—9.

[10]) **Kohler**: Prozess als Rechtsverhältnis, 1888, str. 11.

rzucenie skargi. *Możliwości procesowe* różnią się od *widoków* tym, że mogą być sprowadzone odpowiednimi czynnościami procesowymi. Między *możliwościami* a *ciężarami procesowymi* tej samej strony istnieje ścisły związek. Ciężary procesowe bowiem są to tylko nakazy własnego interesu, a nie obowiązki prawne. Pozwany, który ma możliwość obrony, a tego nie czyni, naraża się przez to na szkodę procesową, i w ten sposób narusza swój obowiązek obrony, który nazywa Goldschmidt *„obowiązkiem wobec siebie samego“* („Pflicht gegen sich selbst“[11]). — Przedstawiłem tu ogólne zarysy teorii Goldschmidta w stosunku do stanowiska pozwanego w procesie, aczkolwiek nie podzielam jej sztucznych założeń[12]), — a to jedynie dla wykazania, iż i ta nauka przyznaje pozwanemu na równi z powodem prawo do obrony swych prawnych interesów w procesie.

Pogląd ujmujący proces jako całość czynności procesowych, opartych na jednej podstawie i dążących do jednego celu *(„Handlungsgesamtheit“)*, podkreśla silnie równorzędność stanowiska stron w procesie: powód i pozwany mają zasadniczo równe uprawnienia w procesie *(„Parteiengleichheit“)*[13]). Różnica z natury rzeczy polega na tym, że powód jest atakującym, który zaczyna proces, pozwany zaś broni się.

Z powyższych rozważań można wysnuć wniosek, iż — jakkolwiek określimy prawa i obowiązki, przysługujące i obciążające strony w procesie, a więc jakkolwiek określimy zakres i istotę tychże, to jednak miara procesowych praw i obowiązków musi być zasadniczo równa dla obu stron[14]). Nie tylko atakująca strona, tj. powód, ma prawo do ochrony swego uzasadnionego interesu prawnego przez wniesienie pozwu, popieranie procesu i żądanie sądowego rozstrzygnięcia, lecz także pozwany ma prawo do obrony w procesie swego interesu prawnego przez podejmowanie czynności procesowych. Natomiast zaprzeczyć należy poglądowi, że na pozwanym ciąży obowiązek obrony w procesie. Pozwany ma prawo się bronić, ale nie musi;

---

[11]) **Goldschmidt:** Der Prozess als Rechtslage, 1925, str. 268 i nast.

[12]) Krytykę szczegółową tej teorii v. Sauer: Grundlagen des Prozessrechts, 1929, str. 647 i w Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 19, 268; — **Rümelin** w Archiv f. d. zivil. Praxis, 1926. W literaturze polskiej: **Waśkowski:** Istota procesu cywilnego. Polski Proces Cywilny, 1936, Nr 12—13.

[13]) **Weismann:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 1903, str. 9.

[14]) **Menger** powiada: „Spór sądowy otrzymuje swoją postać przez wolę obu stron tak, że przy czynnościach procesowych w zasadzie dwie strony sporu muszą współdziałać“. Powołuje się też na zasadę spotykaną już w doktrynie prawa powszechnego, a to tzw. **zasadę obustronnego wysłuchu** (Grundsatz des wechselseitigen Gehörs — **Menger:** System des öst. Zivilprozessrechts, str. 249).

pozwany może uznać nawet materialnie nieuzasadnione roszczenie, dochodzone przeciwko niemu pozwem. W tym względzie można przyjąć za Goldschmidtem, że ta „*necessitas defensionis*", która w procesie nie odnosi się tylko do pozwanego, ale także do powoda w stosunku do twierdzeń i zarzutów pozwanego, jest tylko „nakazem własnego interesu"[15]).

II. ŚRODKI OBRONY.

Prawo obrony pozwanego w procesie cywilnym obejmuje przede wszystkim prawo zaprzeczenia podstawy faktycznej lub prawnej powództwa, prawo podnoszenia zarzutów w procesie, oraz prawo do wytoczenia powództwa wzajemnego. Pozwany, dla odwrócenia grożącej mu w procesie szkody, może skorzystać z któregokolwiek z powyższych środków obrony, względnie z wszystkich nich zrobić użytek. Obrona pozwanego w procesie obejmuje nie tylko właściwe czynności obronne, lecz także czynności zaczepne, o ile są one w związku z obroną pozwanego w procesie. Powództwo wzajemne jest właśnie procesową formą, pod którą pozwany może sam wystąpić czynnie[16]). W drodze powództwa wzajemnego pozwany występuje z wzajemnym roszczeniem przeciwko powodowi, gdyż to ułatwi mu obronę[17]).

Do środków obrony pozwanego w procesie należy też zaliczyć przypozwanie przez pozwanego trzeciej osoby do sporu, jak również wskazanie poprzednika. Przez przypozwanie zawiadamia pozwany trzecią osobę o toczącym się sporze, i wzywa ją do wzięcia w nim udziału przez udzielenie mu pomocy prawnej przy zwalczaniu żądania powoda (art. 80 KPC.). W ten sposób pozwany przez oznajmienie sporu osobie, zainteresowanej toczącym się procesem, osiąga podwójną korzyść, a mianowicie nie tylko zachowuje wobec tej osoby skutki prawne, jakie pozostają w związku z wynikiem procesu (np. regres), lecz także, w razie zgłoszenia interwencji ubocznej przez przypozwaną osobę, zyskuje

[15]) **Rosenberg** powiada: „wdanie się w spór nie jest już dziś dla pozwanego żadnym obowiązkiem, lecz ciężarem, który na nim spoczyna we własnym interesie dla odwrócenia skutków zaoczności". (Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts, 1929, str. 317. Podobnie **Pollak**: System des öster. Zivilprozessrechtes 1930, str. 405).

[16]) **Sauer** mówi kilkakrotnie o prawie pozwanego do skargi wzajemnej (op. cit. str. 293).

[17]) Powództwo wzajemne szczegółowo omówiłem, o ile chodzi o polski kodeks, w art. „O powództwie wzajemnym" w Gazecie Sądowej Warszawskiej, Nr 29—30 ex 1937, o ile zaś chodzi o stan innych kodeksów, zwłaszcza francuskiego i praktyki francuskiej w art. „Les demandes reconventionnelles, Etude critique et comparative", w Revue Trimestrielle de Droit Civil, nr. 4 ex 1937.

pozwany nieraz skuteczną pomoc w procesie. Pozwany, który nie posiada we własnym imieniu rzeczy lub prawa, będącego przedmiotem sporu, może przez wskazanie poprzednika wezwać go do udziału w sprawie (art. 81 KPC.). O ile poprzednik zgłosi się do sprawy i wstąpi za zgodą powoda w miejsce pozwanego, ten ostatni będzie od udziału w sprawie zwolniony. O ile zaś poprzednik nie stawi się do sprawy, to pozwany może uznać żądanie pozwu, nie narażając się przez to na żadne ujemne następstwa w swym stosunku do poprzednika. W każdym więc razie wskazanie poprzednika stanowi środek obrony interesów pozwanego.

Jak wyżej już wspomniałem, pozwany może zrezygnować z właściwej obrony w procesie, lecz dążyć do zmniejszenia rozmiaru swych strat. Pozwany może uznać żądanie pozwu w drodze ugody sądowej, lub przez oświadczenie, złożone w procesie, i w ten sposób uzyskać zniesienie kosztów procesu względnie ich zmniejszenie. O ile zaś pozwany uznał roszczenie powoda przy pierwszej czynności procesowej, i nadto wykazał, że nie dał powodu do wytoczenia powództwa, wówczas może on żądać przyznania od powoda kosztów sporu (art. 103 KPC.). Pozwany „nie dał powodu" do wniesienia pozwu wtedy, gdy albo zawsze uznawał roszczenie, dochodzone pozwem i był realnie gotów je zaspokoić, a do chwili wniesienia pozwu nie był jeszcze w zwłoce ze swym świadczeniem, albo nie wiedział wcale o roszczeniu powoda, nie będąc przez niego o nim powiadomiony, a można przyjąć, że skoroby wiedział o roszczeniu powoda, to byłby go zaspokoił. Wyrażenie *„nie dał powodu do wniesienia pozwu"*, nie należy jednak pojmować subiektywnie w stosunku do pozwanego, ale także w tym znaczeniu, że po stronie powoda nie zachodziła potrzeba wniesienia pozwu. Pozwany nie otrzyma kosztów sporu od powoda, gdy powodowi dla zaspokojenia jego roszczenia konieczny jest wyrok sądowy[18]). O ile jednak pozwany uzna roszczenie pozwu przy pierwszej czynności procesowej, i zaofiaruje gotowość zaspokojenia powoda, to ponosi wprawdzie koszty własne procesu, ale nie powinien być zasądzony na zwrot kosztów powodowi.

1. ZAPRZECZENIE.

Zaprzeczenie w procesie jest czynnością procesową, polegającą na złożeniu przez stronę oświadczenia wiedzy, tej treści, że twierdzenia strony przeciwnej nie są prawdziwe[19]). Takie oświadczenia może składać w procesie

[18]) V. orzecz. Sądu Najw. z 25 V. 1936 — C. III. 842 35 (Z. U. nr 38) 1937; orzecz. z 16 VIII. 1935, C. 2776/34 (Zb. U. nr 121/1936).

[19]) „W przeciwstawieniu do twierdzenia, które jest nie tylko oświadczeniem własnej wiedzy, lecz równocześnie także żądaniem uwzględnienia

także powód co do twierdzeń pozwanego. Zaprzeczenie pozwanego może odnosić się tak do faktycznej podstawy powództwa jak i jego podstawy prawnej. Zaprzeczenie może być ogólne to jest całej podstawy faktycznej czy prawnej powództwa lub też może dotyczyć poszczególnych okoliczności faktycznych, twierdzeń i wywodów prawnych powoda.

Zaprzeczenie faktycznej podstawy powództwa może być zupełnym zaprzeczeniem wszystkich okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę powództwa lub zaprzeczeniem częściowym tj. zaprzeczeniem poszczególnych okoliczności, stanowiących zasadę lub przyczynę powództwa[20]). Pozwany może, np. przy powództwie o naruszenie posiadania, nie zaprzeczać posiadania powoda (zasadę powództwa), a zaprzeczać tylko fakt naruszenia powoda w jego spokojnym posiadaniu (przyczynę powództwa). Pozwany przecząc, nie podaje ze swej strony żadnych konkretnych twierdzeń. Zaprzeczenie wywołuje ten skutek, iż zaprzeczone fakty twierdzone przez powoda stają się sporne i muszą być udowodnione. W razie zaś nieudowodnienia tych faktów, sąd oceni je na niekorzyść tej strony, na której spoczywał ciężar dowodu. To samo oczywiście odnosi się do faktów, przytoczonych przez pozwanego, a zaprzeczonych przez powoda.

W polskim kodeksie post. cyw. brak jest wyraźnych przepisów o rozkładzie ciężaru dowodu na strony w procesie, w szczególności brak przepisu analogicznego do przepisu art. 366 procedury rosyjskiej[21]), jednak zasada, iż każda strona winna swe twierdzenia udowodnić, wynika jasno z przepisów o dowodzie w ogólno-

---

danego twierdzenia w orzeczeniu, ma zaprzeczenie czysty charakter oświadczenia informacyjnego", (**Stefko:** Faktyczne przytoczenia stron w procesie cywilnym, 1909, str. 80).

[20]) W innym znaczeniu mówi **Kabat** o zaprzeczeniu **zupełnym i częściowym**, a mianowicie w stosunku do jednego faktu skargi. Jeżeli pozwany nie zaprzecza całości faktu w skardze przedstawionego, lecz po części go przyznaje, a po części zaprzecza, wtedy zaprzeczenie nazywa **częściowym.** Pod takie częściowe zaprzeczenie podciąga **także uzupełnienie faktów skargi,** np. pozwany przyznaje fakt zawarcia kontraktu, uzupełnia go jednak tym, że kontrakt ten został zawarty pod pewnym **warunkiem,** zaprzecza więc jego bezwarunkowości. Dalej zaprzeczeniem częściowym jest także **sprostowanie faktu** skargi, tj. wykazanie, że fakt mylnie podano w skardze. (**Kabat:** O procesie cywilnym, 1881, str. 89). Sprostowanie jednak, jak i uzupełnienie przez pozwanego okoliczności, przedstawionych przez powoda w pozwie, jest połączone z częściowym przyznaniem i z odmiennymi twierdzeniami pozwanego — tak, że moment zaprzeczenia w takich oświadczeniach prawie zanika.

Pozwany, odpierający żądanie powoda winien ze swej strony udowodnić swe zarzuty". Proc. ros. w sformułowaniu przepisu tego poszła za wzorem procedury szwedzkiej i finlandzkiej, v. **Siedlecki:** Uwagi o „Krytyce Kodeksu Postępowania Cyw.", **Palestra,** Nr 9 ex 1936.

[21]) Art. 366 opiewał: „Powód winien powództwo swoje udowodnić.

ści, a także z przepisów art. 206 i 137 KPC.[22]). Ciężar dowodu spoczywa więc w zasadzie na tej stronie, której twierdzenia zostały zaprzeczone. Powód winien faktu przez pozwanego zaprzeczonego dowieść, chyba, że za nim przemawia jakieś domniemanie prawne.

Kodeks reguluje wyraźnie kwestię zaprzeczenia prawdziwości dokumentów. Ciężar dowodu nałożony jest tu zasadniczo na stronę, która zaprzecza prawdziwości dokumentu, przedstawionego przez drugą stronę (tzw. *domniemanie autentyczności dokumentu* — art. 276 KPC). Na równi postawione są dokumenty prywatne i publiczne. O ile zaś chodzi o dokumenty publiczne, to na równi z zaprzeczeniem prawdziwości dokumentu postawiono zarzut niezgodności z prawdą urzędowych zaświadczeń, zawartych w tym dokumencie i ujęto pod wspólną nazwą *„fałszu"*. Strona zarzucając fałsz winna go udowodnić. Zasada powyższa doznaje jednak wyłomu, o ile chodzi o zaprzeczenie prawdziwości dokumentu prywatnego, pochodzącego od innej osoby, a nie od strony zaprzeczającej. W tym wypadku prawdziwość dokumentu winna udowodnić strona, która dokument przedstawia. Strona ta, mając dokument w swym posiadaniu, może łatwiej udowodnić jego autentyczność, niż strona zarzucająca jego fałsz, która może go wcale nie znać, skoro on od niej nie pochodzi.

Zaprzeczenie podstawy prawnej powództwa. — Pozwany może przyznać cały stan faktyczny pozwu, a zaprzeczyć tylko prawną podstawę powództwa. Pozwany może przeczyć obowiązywaniu jakiegoś przepisu prawnego, lub stosowalności przepisu do danego stanu faktycznego, — może także zaprzeczyć, by przepis ustawowy miał to znaczenie, jakie mu nadaje w pozwie powód, itd.[23]). Zaprzeczenie prawnej podstawy powództwa łączy się zazwyczaj z wywodem prawnym pozwanego, zawierającym odmienne od powództwa zapatrywania prawne co do obowiązywania, treści lub znaczenia przepisów prawnych. Kodeks dopuszcza bowiem wywody prawne w procesie we formie treściwej (w pismach — art. 138 KPC, jak i ustnie na rozprawie — art. 225 § 1 KPC, lecz nie są one protokołowane: art. 175 KPC). Z wywodów takich może korzystać tak powód jak i pozwany. Zaprzeczenie tylko podstawy prawnej powództwa czyni zbędnym przeprowadzenie dowodów na okoliczności faktyczne sprawy. Spór jest o kwestię prawną, która jest

[22]) V. również orzecz. Sądu Naj. z 22 VII. 1936, C. I. 397/36, (Zb. U. nr 206/1937).

[23]) **Weismann:** op. cit., str. 106; **Pollak:** op. cit., str. 410.

sporna między stronami, i ją bez przeprowadzania dowodów rozstrzygnie sąd[24]).

Forma zaprzeczenia. — Zaprzeczenie może być dokonane wyraźnie, przez odpowiednie oświadczenie, złożone w procesie, lub może nastąpić w sposób dorozumiany, a to przez twierdzenie okoliczności, logicznie sprzecznych z twierdzeniami strony przeciwnej *(negatio per positionem alterius)*[25]). Kodeks wprawdzie nie uważa wprost braku zaprzeczenia twierdzenia za przyznanie go, lecz pozostawia to swobodnej ocenie sądu. Sąd bowiem może uznać fakty, co do których strona nie wypowiedziała się, a więc ich nie zaprzeczyła, za przyznane przy uwzględnieniu wyników całej rozprawy, tzn. przy logicznym zestawieniu tych faktów z całokształtem materiału procesowego. Sąd Najwyższy w swych orzeczeniach podkreślił, że nie można przyjmować każde niezaprzeczone twierdzenie za prawdziwe. Twierdzenia takie można uznać za prawdziwe tylko na podstawie wszystkich okoliczności sprawy. Sąd przeto winien uzasadnić, dlaczego uznał dane twierdzenia za prawdziwe. Podkreślono również, że na podstawie art. 246 § 2 KPC można uznać za przyznane tylko fakty, a nie roszczenie[26]). Przyznanie odnosi się jedynie do faktów, a nie do roszczenia. Roszczenie może być tylko uznane, a nie przyznane. Przyznanie bowiem jest oświadczeniem wiedzy, a uznanie oświadczeniem woli. Brak więc zaprzeczenia może stworzyć podstawę do uznania przez sąd za przyznane jedynie okoliczności faktycznych, a nigdy roszczenia, ani też kwestii prawnych, jakie sąd winien rozstrzygnąć w sensie obowiązujących przepisów ustawowych. Dostarczenie bowiem norm prawnych, mających służyć do oceny stanu faktycznego należy do sądu. Również tzw. zasady doświadczenia mają być uwzględniane z urzędu, a na stronach nie spoczywa ciężar ich przytaczania (Dziurzyński: Nowości w apelacji, 1910, str. 100—5).

Zaprzeczenie jest prymitywnym środkiem obrony, który nie bezpośrednio zmierza do celu obrony, tj. do odrzucenia pozwu lub oddalenia powództwa, lecz drogą pośrednią. Pozwany bowiem przez zaprzeczenie osiągnie swój cel tylko wtedy, gdy powód nie zdoła przeprowadzić dowodu na zaprzeczone fakty dla sprawy istotne, o ile oczywiście ciężar ich

---

[24]) **Sperl:** op. cit., str. 340. Przedmiotem dowodu mogą być jednak normy prawa zwyczajowego, o ile nie są znane sądowi, np. zwyczaje handlowe, itp.

[25]) W nauce spotykamy się z rozróżnieniem zaprzeczenia na bezpośrednie (**kontradiktorischer Widerspruch — negatio simplex**) i zaprzeczenie pośrednie (**konträrer Widerspruch, qualifizirter Widerspruch — negatio per positionem alterius**), v. **Kabat:** op. cit., str. 86—7.

[26]) Orzecz. Sądu Naj. z 26 VII. 1937, C. III. 171/36, Polski Proces Cywilny. Nr 5—6/1938, orzecz. Sądu Naj. z 14 IX. 1934, C. III. 260/34, (Zb. U. nr 88/1935).

udowodnienia spoczywa na powodzie. Zaprzeczenie jest raczej pomocniczym środkiem obrony w procesie wobec głównego środka obrony, jakim są zarzuty.

2. ZARZUTY.

Wyrażenie *„zarzuty"* używane jest w kilku znaczeniach, — przede wszystkim w znaczeniu materialnym i procesowym. Zarzutem w najobszerniejszym procesowym znaczeniu tego słowa zwie się każdy sposób obrony pozwanego w procesie, a więc pod pojęcie to podpada także zaprzeczenie[27]). Zarzut w ciaśniejszym znaczeniu procesowym, to każde faktyczne przytoczenie pozwanego w celu swej obrony w procesie, które nie przedstawia się jako zwykłe zaprzeczenie, ale jako nowe twierdzenie pozwanego[28]).

Zarzut w ścisłym znaczeniu procesowym to środek, który bezpośrednio zmierza do celu obrony tj. do korzystnego dla pozwanego zakończenia procesu przez powołanie się na pewne stany faktyczne lub prawne. Procedury cywilne mówią o zarzutach w dwojakim znaczeniu, a mianowicie w rozumieniu okoliczności faktycznych, których zaistnienie daje stronie procesowej prawo podniesienia danego zarzutu, oraz w rozumieniu oświadczenia, złożonego w procesie, tj. czynności procesowej, przy pomocy której pozwany korzysta ze swego prawa podniesienia zarzutów[29]). Prawo to *(„Einrederecht")* istnieje oczywiście wówczas, gdy zachodzą pewne okoliczności uzasadniające je *(„Einredetatsachen")*. Okoliczności te mogą mieć swe uregulowanie już to w prawie materialnym, już to w prawie procesowym, już to w jednym i drugim, i na tej podstawie można mówić o zarzutach, opartych na normach prawa materialnego czy procesowego. Natomiast sama czynność podniesienia zarzutów w procesie będzie zawsze czynnością procesową, i jako taka podlegać przepisom prawa procesowego.

Na gruncie przepisów prawa polskiego można zarzuty podzielić na zarzuty formalne i merytoryczne. Zarzuty formalne opierają się na normach prawa procesowego, wymierzone są przeciwko samemu biegowi procesu, a nie przeciwko roszczeniu, dochodzonemu po-

---

[27]) **Waśkowski**: Podręcznik procesu cywilnego, 1932, str. 204.

[28]) **Sievert**: Der Verzicht auf Einreden, 1926, str. 18; — **Hellwig**: System des d. Zivilprozesses, str. 478.

[29]) W nauce niemieckiej prawo podnoszenia zarzutów nazywane jest prawem kształtowania **„Gestaltungsrecht"** (v. **Weinrebe**: Wirkung der zivilrechtlichen Einrede im Prozess, 1928, str. 10). Spornym jest jednak, czy to prawo jest prawem materialno-cywilnym (tak **Langheineken, Enneccerus**), czy tylko procesowym (tak **Krückmann**). Spór ten pozostaje w związku z podziałem zarzutów na **„Einreden"** i **„Einwedungen"** (v. uwaga nr 30).

zwem. Zarzuty merytoryczne mogą być oparte na normach prawa materialnego jak i procesowego, i skierowane są bezpośrednio przeciwko roszczeniu pozwu. Nie można ostatnich nazwać zarzutami „*materialnymi*“, gdyż mogą opierać się w całości lub choćby częściowo na przepisach prawa formalnego[30]). Zarzuty tak jednej jak i drugiej grupy dzielą się na zarzuty niweczące czyli peremptoryjne, które kończą dla pozwanego proces w sposób trwały, i zarzuty zawieszające czyli dylatoryjne, które kończą dla pozwanego dany proces i niweczą żądanie powoda czasowo[31]), odraczając właściwe, ostateczne rozstrzygnięcie w drodze sądowej roszczenia powoda.

A. ZARZUTY FORMALNE.

Zarzuty formalne opierają się wyłącznie na przepisach prawa procesowego. Podstawę dla zarzutów formalnych stanowią okoliczności, które stwarzają prze-

[30]) Dawniejsi autorzy francuscy, opierając się na tekście rozporządzenia z kwietnia 1667, rozróżniali wśród zarzutów: a) **les fins de non - procéder**, płynące z niewłaściwości sądu, sprawy w toku i łączności sprawy, b) **les fins de non - valoir**, wynikające z braku przymiotu powoda, c) **les fins de non-recevoir**, wynikłe z samej skargi, jak np. przedawnienie. Większość nauki i orzecznictwa francuskiego obecnie rozróżnia jedynie **„exceptions“** i **„défenses au fond“**. Pierwsze paraliżują proces, nie wdając się w meritum sprawy, drugie zwalczają skargę w jej podstawie, lub przeciwstawiają jej prawo pozwanego (tak **Crémieu**: Précis théorique et pratique de procédure civile, 1924, str. 107; **Garsonnet et Cézar-Bru**: Traité théorique et pratique de proc. civ., 1912, str. 701; **Morel**: Traité élémentaire de procédure civile, 1932, str. 75; — dawny podział uwzględnia **Cuche**: Précis de procédure civile et commerciale, 1937, str. 190).

Nauka niemiecka rozróżnia tzw. **„Einreden“** i **„Einwendungen“**. Wyrażenie ostatnie w znaczeniu procesowym obejmuje tak zaprzeczenie powództwa jak i podnoszenie zarzutów (**Einreden**). Pojęcie **„Einreden“** jest więc ciaśniejsze i w znaczeniu procesowym obejmuje wszystkie okoliczności, które prowadzą do oddalenia powództwa jako nieuzasadnionego. Natomiast **„Einrede“** w rozumieniu BGB, to jest zawsze prawo, skierowane przeciwko roszczeniu prawno-prywatnemu, a mianowicie jest to prawo odmówienia spełnienia dłużnego świadczenia. Osobną grupę tworzą tzw. **prozesshindernde Einreden“**, które opierają się na braku jednej z koniecznych przesłanek procesowych (**Rosenberg**: op. cit. str. 318 i n.; — **Weismann**: op. cit. str. 107 i n. **Stein** i inni).

Nauka austriacka ujmuje „Einreden“ i „Einwendungen“ pod jedną nazwą jako „Einreden“, przez które rozumie okoliczności, jakie pozwalają wykazać, iż podniesione roszczenie o ochronę prawną in concreto, a więc w poszczególnym przypadku, jest nieuzasadnione. Tego rodzaju zarzuty dzielą się na **„Sacheinreden“**, które występują przeciwko roszczeniu o ochronę prawną, i **„Prozesseinreden“**, które zwracają się przeciwko postępowaniu (**Pollak**: op. cit. str. 411 i n., **Sperl**: op. cit. str. 338 i n.).

Nauka włoska odróżnia od zaprzeczenia, które może być zaprzeczeniem strony faktycznej albo prawnej roszczenia, nazywane też **„difesa di fatto e difesa di diritto“** — zarzuty (**„eccezione“**), które opierają się na faktach umarzających lub przeszkadzających (**„fatti estintivi o impeditivi“**), a mogą być one materialne albo procesowe. Poza tym pozwany może przeciwstawić w procesie roszczeniu powoda swe roszczenie (**„contropretesa“** — v. **Carnelutti**: op. cit. str. 352 i n.).

[31]) **Zoll**: Prawo cywilne, T. I., str. 269.

szkodę dla biegu danego procesu, zgodnego z normami prawa procesowego *(„Prozesshindernisse“)*. Używając terminologii nauki o założeniach procesowych, powiedzieć można, że zarzuty formalne opierają się na braku jakiejś przesłanki procesowej względnie założenia procesowego[32]). Założenia zaś procesowe mogą być albo zasadniczymi założeniami postępowania procesowego w tym znaczeniu, że bez nich niema w ogóle postępowania procesowego *(„założenia ważności procesu“)*, albo też założeniami prawidłowości procesu. Brak pierwszych założeń uwzględniany jest przez sąd z urzędu, w każdym stadium sprawy (art. 236 KPC.); o ile sam sąd tego nie uczyni, może podnieść brak danego założenia procesowego pozwany, i to w każdym stadium sprawy. Sąd uwzględni więc z urzędu lub na wniosek pozwanego w każdym stadium sprawy jako brak zasadniczego założenia procesowego względnie jako bezwzględną przeszkodę procesową: niedopuszczalność drogi procesu cywilnego, nieusuwalną niewłaściwość sądu, brak zdolności procesowej, należytego zastępstwa lub upoważnienia do prowadzenia sprawy, istnienie sporu w toku, powagę sprawy osądzonej. — Wyrażenie *„w każdym stanie sprawy“* odnosi się oczywiście tylko do postępowania w I instancji, gdyż w postępowaniu apelacyjnym sąd bierze z urzędu pod rozwagę tylko przyczyny nieważności (art. 409 i 418 pkt. 3 KPC.) oraz nierozpoznanie istoty sprawy (tj. przyczyny uchylenia — art. 408 KPC.)[33]).

Brak innych założeń procesowych może być uwzględniony przez sąd na skutek zarzutu, podniesionego przez stronę. Zarzuty takie winien pozwany podnieść i należycie uzasadnić, zasadniczo przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. Do tych zarzutów należą: zarzut niewłaściwości sądu, poza przypadkami niewłaściwości nieusuwalnej, — zarzut, że rozstrzygnięcie sprawy należy do sądu polubownego (art. 235 KPC.), — zarzut niezłożenia kaucji na zabezpieczenie kosztów procesu przez powoda-cudzoziemca (art. 127 KPC.). Każdy z powyższych zarzutów jest samoistnym zarzutem formalnym, którego uwzględnienie przez sąd prowadzi do odrzucenia pozwu.

[32]) Pojęcie założeń procesowych (**„Prozessvoraussetzungen“**) wprowadził do procesu cywilnego **von Bülow**. — **Sauer** uważa pojęcie to za korzystne, o ile chodzi o poznanie prawa procesowego, lecz daje następującą definicję założeń procesowych: „założenia procesowe są to takie założenia, które muszą istnieć, by proces mógł osiągnąć swój cel“.

[33]) Różnica zachodzi więc przy uwzględnianiu z urzędu niewłaściwości sądu w I instancji, a w postępowaniu apelacyjnym p. **Gołąb: Zarys**, str. 61.

Zarzuty formalne winny być, pod rygorem utraty prawa korzystania z nich (o ile nie opierają się na okolicznościach z urzędu przez sąd uwzględnianych), podniesione przez pozwanego przed wdaniem się jego w spór *in merito*. O ile pozwany podnosi kilka zarzutów formalnych, to obojętne jest, który z nich najpierw przytacza, byleby tylko podniósł je przed wdaniem się w rozprawę co do istoty sprawy[34]). Pozwany może również podnieść zarzuty w sprzeciwie od wyroku zaocznego lub od nakazu zapłaty, gdyż jeszcze nie wdał się w spór. Sąd Najwyższy w jednym swym orzeczeniu przyjął, że zarzut niewłaściwości sądu nie jest spóźniony, gdy został w piśmie procesowym zamieszczony po zarzutach merytorycznych. Sąd Najwyższy wyszedł z tego słusznego założenia, iż przepisy KPC. o czasie zgłaszania zarzutów formalnych zmierzają jedynie do tego, by sąd przed rozpoczęciem rozprawy był w posiadaniu zarzutów formalnych[35]).

Sąd może ograniczyć rozprawę, z urzędu lub na wniosek strony, do rozpoznania zarzutów formalnych, oczywiście gdy z uwagi na prawdopodobieństwo słuszności tych zarzutów takie zarządzenie sądu podyktowane jest ekonomią procesową. Uwzględniając jakiś z zarzutów formalnych, sąd wyda postanowienie, którym odrzuci pozew i umorzy postępowanie. Sąd wyda również postanowienie oddalające zarzut formalny. Kodeks nakłada obowiązek wydania oddzielnego postanowienia jedynie w razie oddalenia zarzutu niedopuszczalności drogi procesu cywilnego, niewłaściwości sądu lub zarzutu, że rozstrzygnięcie sprawy należy do sądu polubownego (v. art. 237 KPC.). W razie więc oddalenia innych zarzutów formalnych sąd zamieści co do nich postanowienie w wyroku.

B. WNIOSKI FORMALNE — WYTKNIĘCIE WAD POSTĘPOWANIA.

Od zarzutów formalnych we właściwym znaczeniu (odpowiadających w procedurze niem. tzw. *„prozesshindernde Einreden"*, w proc. franc. *„les exceptions de procédure")*, należy odróżnić wnioski formalne pozwanego (względnie powoda), oraz oświadczenia, składane w procesie, polegające na wytknięciu pogwałcenia jakiegoś przepisu postępowania, a zmierzające nie do odrzucenia pozwu, lecz do usunięcia tego naruszenia przepisów względnie danej wady postępowania. Tu przede wszy-

[34]) **Allerhand: Komentarz do KPC, T. I. str. 256; — Litauer: Komentarz, str. 135.**

[35]) **Orzecz. z 18. V. 1936, C. II. 2823/35, Zb. U. 27/37.**

stkim należy wymienić wnioski stawiane przez strony odnośnie składu sądu rozpoznającego ich sprawę. Uprawnienie do stawiania takich wniosków płynie z przysługującego im prawa do należytej obsady sądu. Prawo to zagwarantowane jest nawet konstytucyjnie (tzw. *sędzia ustawowy* — art. 68 Konstytucji). Wnioskiem formalnym, a nie zarzutem, jest wniosek o wyłączenie sędziego, a także tzw. zarzut, że sprawa podlega rozpoznaniu w sądzie okręgowym nie przez jednego sędziego, lecz w składzie trzech sędziów lub naodwrót (art. 273 prawa o ustroju s. p.). — Wnioski powyższe, zgłoszone zasadniczo przed przystąpieniem do rozprawy, a więc nawet przed zarzutami formalnymi, nie są same jednak zarzutami formalnymi, gdyż przysługują tak powodowi jak i pozwanemu, a o ile stawia je pozwany, to przez to samo nie oświadcza, iż nie chce się w ogóle wdać w spór, lecz jedynie, że nie chce wdać się w spór przed danym składem sądu.

Inne wnioski formalne, np. wniosek o przekazanie sprawy wydziałowi handlowemu, wniosek o przekazanie sprawy w myśl art. 388 KPC. Sądowi Okręgowemu itp., które mogą mieć także na celu ułatwienie obrony pozwanemu, przez nadanie sprawie pewnego biegu — mogą być stawiane aż do zamknięcia rozprawy przed sądem orzekającym.

Nie są również zarzutami formalnymi, w ścisłym tych słów znaczeniu, wytknięcia wadliwości postępowania, naruszenia przepisów postępowania, podniesione przez pozwanego, np. wytknięcie nieformalności pozwu, bezzasadnego łączenia roszczeń w jednym pozwie itd. Tego rodzaju wytknięcia *(„Rügen“)*, jak również oświadczenia wyrażające sprzeciwienie się czynności procesowej powoda *(„Widersprüche“)*, choć potocznie nazywają się zarzutami (np. zarzut nieokreślenia żądania pozwu, zarzut zmiany powództwa), nie są zarzutami formalnymi, gdyż zmierzają jedynie do usunięcia naruszenia przepisów postępowania, o których przestrzeganie winien zresztą sam sąd dbać, względnie usunięcia skutków jakiejś czynności procesowej powoda. — O ile chodzi o sprzeciwienie się czynności procesowej powoda, to winno odpowiednie oświadczenie zasadniczo zaraz nastąpić, w przeciwnym razie pozwany może stracić swe prawo, np. przy zmianie powództwa (art. 212 KPC.). — Jeżeli uchybienia nie polegają na pogwałceniu istotnych przepisów postępowania, to wytknięcie ich winno nastąpić przed zamknięciem danego posiedzenia, i strona czyniąc to, winna żądać wpisania odnośnego zastrze-

żenia do protokołu posiedzenia, a to pod rygorem utraty prawa późniejszego wytknięcia tych uchybień (prekluzja z art. 179 KPC.). Nie ustalonym jest, jakie należy przyjąć w związku z art. 179 KPC. kryterium dla „istotności“ przepisów KPC.[36]). Niewątpliwym jest to tylko, że do istotnych przepisów postępowania należą te, których przestrzeganie opatrzone jest sankcją nieważności. Ale na tych nie wyczerpują się istotne przepisy Kodeksu, gdyż wtedy odpadłaby *ratio legis* przepisu końcowego zdania art. 179, ileże przyczyny nieważności są uwzględniane w każdym stadium sprawy, a więc już na tej podstawie prekluzja do nich nie odnosiłaby się. Termin prekluzyjny z art. 179 należy raczej odnieść do nieprawidłowości, zaszłych w toku postępowania, o których mówi art. 256 KPC,, odnośnie do postępowania dowodowego przed sądem wezwanym lub sędzią wyznaczonym. Nieprawidłowości te będą się jednak odnosić nie tylko do postępowania dowodowego przed sądem orzekającym, ale do całego toku postępowania.

C. ZARZUTY MERYTORYCZNE.

Pozwany, mimo że podniósł zarzuty formalne, nie może odmówić wdania się w spór co do istoty sprawy[37]). Wyjątek stanowi jedynie podniesienie zarzutu niezłożenia przez powoda kaucji na zabezpieczenie kosztów procesu, pozwany bowiem nie ma obowiązku wdawać się w spór przed rozstrzygnięciem jego wniosku. Również postawienie wniosków formalnych nie zwalnia pozwanego od obowiązku wdania się w spór. Samo zaprzeczenie nie wymaga zaofiarowania przez pozwanego środ-

[36]) Nie można przyjąć kryterium tej istotności, proponowanego przez **Thona** (Krytyka Kodeksu Postępowania, 1936), a mianowicie rozróżnienia przepisów KPC na przepisy **iuris cogentis** i **iuris dispositivi**, gdyż np. przepis art. 265 KPC, z uwagi na przepisy kodeksu zobowiązań (art. 110), należałoby uważać za przepis **iuris dispositivi**, a Sąd Naj. w swym orzecznictwie uznał, że pogwałcenie przepisu art. 265 stanowi **istotne** uchybienie formalne, do którego prekluzja z art. 179 nie ma zastosowania (orzecz. z 12. IV. 1934, Głos Sąd. nr 2/35). Poza tym powyższe rozróżnienie nie odpowiada naturze prawa procesowego. Każde wyliczenie zaś przypadków naruszenia istotnych jak i nieistotnych przepisów postępowania, będzie zawsze tylko **przykładowe**, a nie wyczerpujące (v. wyliczenie u **Kruszelnickiego:** Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem, 1938, str. 230—31), a praktyka do takiego wyliczenia będzie z czasem dorzucać nowe przypadki.

[37]) Kodeks polski poszedł — jak czytamy w motywach (Polska Procedura Cywilna, T. I.: **Fierich:** Postępowanie przed sądem okręgowym) za wzorem proc. austr., według której żaden ze zarzutów formalnych nie miał charakteru wstrzymującego wdanie się w spór, gdyż „takie stanowisko przyczyniło się do szybkiego prowadzenia procesów i położenia tamy dążności pozwanego do przewlekania sprawy“. Natomiast proc. niem., ros. i węg. stały na przeciwnym stanowisku w tej kwestii.

ków dowodowych, gdyż ciężar udowodnienia zaprzeczonych okoliczności ciąży na powodzie (v. wyżej). Dopiero gdy powód udowodni swe zaprzeczone twierdzenie, to pozwany winien przeprowadzić przeciwdowód. Podnosząc zaś zarzuty merytoryczne, pozwany ponosi ciężar udowodnienia swych twierdzeń. Pozwany znajduje się wówczas w podobnym położeniu jak powód *(excipiendo reus fit actor)*. Musi on udowodnić faktyczną podstawę swego zarzutu, tak jak powód udowadnia faktyczną podstawę swego powództwa. Zarzuty merytoryczne zmierzają do oddalenia powoda z roszczeniem pozwu, zwalczając względnie paraliżując samo roszczenie powoda. Zarzuty te mogą być oparte na normach prawa procesowego (np. zarzut upływu terminu prekluzyjnego, przewidzianego prawem procesowym jak przy skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego z art. 504 KPC.), już to na normach prawa prywatnego, już to w końcu na jednych i drugich.

Podniesienie zarzutu merytorycznego polega albo na przytoczeniu takich okoliczności, z których wynika, że zasada powództwa nie istnieje i żądanie powództwa jest nieuzasadnione[38]), albo na powołaniu się pozwanego na jakieś jego prawo, które czyni nieuzasadnionym żądanie powództwa względnie wobec pozwanego bezskutecznym. Zarzuty merytoryczne można więc podzielić na dwie grupy: 1) zarzuty wymierzone przeciwko powstaniu lub istnieniu (trwaniu) prawa powoda (niem. *Einwendungen)*, — 2) zarzuty czysto materialne, oparte na własnym prawie pozwanego *(„Einreden")*[39]). Pierwsze zarzuty zwalczają podstawę i żądanie powództwa, drugie zarzuty, nie naruszając wcale prawa powoda, przeciwstawiają mu prawo pozwanego, które go zwalnia od spełnienia roszczenia powoda, a tym samym czyni powództwo jego bezzasadnym.

Zarzuty przeciw powstaniu prawa, z którego powód wywodzi swe żądanie, opierają się na faktach, które przeszkodziły powstaniu prawa powoda (czyli na tzw. okolicznościach przeszkadzających *(„rechtshindernde Tatsachen")*. Do okoliczności przeszkadzających należą przede wszystkim brak jakiegokolwiek z warunków nabycia prawa. Tu należeć więc będą takie zarzuty: zarzut braku zdolności osobistej jednej ze stron w czasie działania, zarzut nieważności czynności prawnej z powodu wadliwości oświadczenia woli (*exceptio doli, vis, erroris, ebrietatis*, etc., v. art. 31—45 Kod. zob.), zarzut braku wymaganej ustawowo formy czynności prawnej, z której wyprowadza swe roszcze-

---

[38]) **Zoll:** Prawo cywilne, T. I, str. 267.

[39]) Pojęcie materialnego zarzutu (**Einrede**) ogranicza się jedynie do stanów prawa prywatnego, przy których mimo istnienia roszczenia danym jest pozwanemu „ein Leistungsverweigerungsrecht" — **Weinrebe:** Wirkung der zivilrechtlichen Einrede im Prozess 1928, str. 12.

nie powód (art. 110—1 KZ. i 265 KPC.), zarzut nieważności umowy jako sprzecznej z porządkiem publicznym, ustawą lub dobrymi obyczajami lub jako niemożliwej do wykonania (art. 56 KZ.).

Zarzuty przeciwko obecnemu istnieniu prawa, z którego powód wywodzi swe żądanie, opierają się na faktach, które prawo powoda zniszczyły czyli na tzw. okolicznościach niszczących wzgl. niweczących *(„rechtsvernichtende Tatsachen“)*. Do zarzutów merytorycznych tej grupy należą: zarzut przedawnienia lub upływu terminu prekluzyjnego prawa materialnego lub procesowego, zarzut zapłaty długu wzgl. wykonania zobowiązania, zarzut wygaśnięcia zobowiązania przez odnowienie, na skutek zwolnienia z długu, niemożliwości świadczenia, ze względu na nadzwyczajne wypadki (art. 269 KZ.), zarzut umorzenia długu przez dokonanie przed procesem potrącenia.

Zarzuty czysto materialne opierają się na faktach ubezwładniających istniejące ważnie prawo powoda *(„rechtsentkräftende Tatsachen“)*, tzn. pozwany przeciwstawia prawu powoda swoje własne prawo, na skutek którego powód nie może dochodzić wobec pozwanego skutecznie swego prawa całkowicie lub częściowo, czasowo lub raz na zawsze. Do takich zarzutów należą: zarzut niedopełnionego zobowiązania wzajemnego *(exceptio non adimpleti contractus)*, zarzut warunku *(exceptio conditionis)*, zarzut nienadejścia terminu *(exceptio temporis)*, to są tzw. zarzuty przedwczesności powództwa; dalej zarzut niewadliwego posiadania przy skardze publicjańskiej (v. § 374 Kod. cyw. austr.), zarzut potrącenia, tj. oświadczenie złożone w procesie tej treści, że pozwany korzysta z prawa potrącenia ze zaskarżonego długu tego, co powód, chociażby z innego stosunku prawnego, jest pozwanemu dłużny (v. art. 254 i n. KZ.), zarzut zdziałania czynności ze szkodą wierzycieli, a więc zarazem żądanie uznania jej za bezskuteczną wobec pozwanego (art. 288 KZ.), itd. Nie jest możliwą rzeczą wymienienie wszystkich zarzutów materialnych, gdyż są one tak liczne i różne jak i roszczenia, i znajdują tak jak i one, swe źródło w przepisach prawa materialnego.

Podniesienie zarzutu merytorycznego w procesie, bez względu na treść tego zarzutu, jest zawsze czynnością procesową. Zarzuty merytoryczne mogą być podnoszone w pierwszej instancji w dowolnej kolejności aż do zamknięcia rozprawy (art. 231 § 1 KPC.). Pozwany jednak, zwlekając z podniesieniem zarzutów, może narazić się na nałożenie na niego obowiązku zwrotu kosztów przeciwnikowi bez względu na wynik sporu, i ewentualnie także na pominięcie środków dowodowych, za-

ofiarowanych na poparcie spóźnionych zarzutów (art. 104 i art. 231 § 2 KPC.).

O ile chodzi o podnoszenie zarzutów merytorycznych w postępowaniu apelacyjnym, to należy wziąć pod uwagę nie tylko przepis art. 404 KPC., wprowadzający pewne ograniczenia nowości w apelacji, lecz także przepis art. 403, który zabrania powodowi występowania z nowymi roszczeniami w postępowaniu apelacyjnym. Pozwany, który podnosi zarzuty czysto materialne w postępowaniu apelacyjnym, musi być na równi traktowany z powodem, zgłaszającym nowe roszczenia, gdyż pozwany w ten sposób domaga się od sądu ustalenia istnienia i zasadności swego prawa. Dotyczy to przede wszystkim zarzutu potrącenia. Pozwany nie może więc dopiero w postępowaniu apelacyjnym korzystać ze swego prawa potrącenia, gdyż sąd musiałby ustalać istnienie wzajemnego roszczenia pozwanego. Nowe zaś roszczenie tak powoda jak i pozwanego nie może być przedmiotem rozpoznania w postępowaniu apelacyjnym[40]).

Pozwany może tylko w postępowaniu przed sądem I Instancji podnieść zarzut potrącenia i może to uczynić albo bezwarunkowo albo warunkowo, tj. pod warunkiem, że roszczenie powoda zostanie wykazane[41]). Jeżeli pozwany podniósł bezwarunkowo zarzut potrącenia, tj. nie zaprzeczając roszczenia powoda, wówczas sąd bada tylko, czy istnieje roszczenie pozwanego. O ile pozwany podnosi zarzut potrącenia warunkowo sąd musi badać istnienie tak roszczenia pozwanego, jak i roszczenia powoda. Również i inne zarzuty czysto materialne, tj. oparte na wzajemnym roszczeniu wzgl. prawie pozwanego, mogą być podnoszone tylko do zamknięcia rozpra-

[40]) Tak samo **Czerwiński**: Powództwo wzajemne a zarzut potrącenia (Czasopismo Sędziowskie 1935, Nr 1), gdzie czytamy: „w tym stanie rzeczy zarzut zgłoszonego do potrącenia roszczenia ustępuje tu na plan drugi, a wysuwa się w pierwszym rzędzie żądanie orzeczenia istnienia wzajemnego roszczenia; — **Kraus**: Potrącenie w prawie polskim (Kwartalnik Prawa Prywatnego, Nr 1, 1938, str. 84) oraz orzecz. Sądu Naj. z 25. IV. 1935 (Przegląd Prawa i Administracji, Nr 3/1936, str. 367). Odmienne stanowisko w tej kwestii zajmują: **Konic**: Warunki procesowe potrącenia zgłoszonego w formie zarzutu (Polski Proces Cywilny, 1934, str. 654); **Weber**: Nowe fakty i dowody w postępowaniu apelacyjnym (Polski Proces Cywilny, 1935); **Trammer**: Zarzut potrącenia w KPC (Przegląd Sądowy, 1932, Nr 10). — Należy zaznaczyć, że procedura cywilna **niemiecka**, która przyjęła system apelacji **cum beneficio novorum**, zawiera osobny przepis odnośnie do potrącenia, tej treści, że podniesienie potrącenia w drugiej instancji dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy przeciwnik zgadza się albo sąd uzna za właściwe (§ 529 ust. 5). Takie sformułowanie przepisu faktycznie wyklucza możność korzystania z prawa potrącenia dopiero w postępowaniu apelacyjnym. Proc. cyw. austriacka wyraźnie mówiła, że w postępowaniu apelacyjnym nie wolno występować ani z nowym roszczeniem ani z nowym zarzutem (§ 482).

[41]) **Longchamps de Berier**: Potrącenie, w Encyklopedii Prawa Prywatnego, z XXVII.

wy w pierwszej instancji. Inne zarzuty merytoryczne, (tj. zarzuty przeciwko powstaniu lub obecnemu istnieniu prawa), dopuszczalne są także w postępowaniu apelacyjnym, o ile opierają się na stanie faktycznym, ustalonym w postępowaniu i w wyroku sądu I. instancji, a o ile opierają się na nowych faktach i dowodach, to są dopuszczalne tylko w granicach, zakreślonych przepisem art. 404 KPC,, tzn. pozwany winien wykazać, że na te fakty nie mógł się wcześniej powołać, względnie, że potrzeba powołania się na te fakty wynikła dopiero po wyroku sądu I. instancji. Zarzuty te jednak winien pozwany podnieść już w piśmie apelacyjnym.

W ten sposób pozwany może skutecznie *in appellatorio* podnieść zarzut przedawnienia[42]), już to wówczas, gdy opiera się na stanie faktycznym już ustalonym w pierwszej instancji[43]), już to gdy powołuje się na takie fakty i dowody, które pozwany nie mógł przytoczyć w pierwszej instancji, np. pozwany podnosi zarzut przedawnienia, przedkładając dokument, określający (odmiennie niż ustalono w I instancji) termin zapłaty spornego długu, który przez pozwanego już po zamknięciu rozprawy w I instancji został odszukany.

W końcu należy zaznaczyć, iż niejednokrotnie nazywane są też zarzutami w znaczeniu zarzutów merytorycznych przytoczenia faktyczne (twierdzenia) pozwanego, które dotyczą meritum sprawy, a stanowią właściwie (całkowite lub częściowe) zaprzeczenie podstawy powództwa przez twierdzenie przeciwnych okoliczności. Tu należeć będzie tzw. zarzut braku legitymacji do sporu, tak czynnej jak i biernej. Powód wnosząc powództwo ma podać wszelkie okoliczności uzasadniające jego roszczenie, a w szczególności winien on podać, i w razie potrzeby udowodnić tzw. „okoliczności prawo tworzące" *(rechtserzeugende Tatsachen)*. Powód więc winien już w pozwie (art. 206 KPC.) wykazać, że roszczenie pozwem dochodzone jemu materialnie przysługuje, i że skierowane ono jest do pozwanego jako zobowiązanego. Pozwany jednak, o ile obrona jego ma być skuteczna, nie może poprzestać na zwykłym zaprzeczeniu legitymacji do sporu, lecz winien przeciwstawić środ-

---

[42]) Na przeciwnym stanowisku stoi Weiss: Przedawnienie i prekluzja prawa prywatnego w KPC (Polski Proces Cywilny, 1935, nr 23), utrzymuje on, że strona, nie podnosząc zarzutu przedawnienia w pierwszej instancji, zrzekła się korzystania z tego zarzutu.

[43]) Sąd Najwyższy uznał w swym orzeczeniu z 13. II. 1938 (C. II 2283/33 — O. S. P. XV, Nr 727) tego rodzaju zarzut przedawnienia za dopuszczalny w postępowaniu apelacyjnym jako zarzut natury prawnej, który aż do zamknięcia rozprawy odwoławczej może być zgłoszony (art. 417 i 225 § 1 KPC).

kom dowodowym powoda swe środki dowodowe. Tak samo się rzecz ma z tzw. zarzutem braku interesu prawnego przy skardze ustalającej, gdyż przesłanką całego procesu ustalającego jest wykazanie przez powoda interesu prawnego, jaki ma we wniesieniu pozwu, tak że sąd winien z urzędu, a nie tylko na zarzut pozwanego — dochodzić, czy interes prawny zachodzi[44]). Z chwilą zaś gdy pozwany przy tzw. zarzucie braku legitymacji lub braku interesu prawnego lub tym podobnych, innych tzw. zarzutach merytorycznych (w szerszym tego słowa znaczeniu), wyjdzie po za ramy zaprzeczenia i oprze się na jakichś wskazanych przez siebie konkretnych okolicznościach — to takie czynności procesowe pozwanego będzie można pod względem treści zaliczyć do jednej z grup wyżej rozpatrzonych zarzutów.

Dr JULIUSZ LAUER
Lwów

Przedawnienie roszczeń z naftowych udziałów brutto.

Istnieją zagadnienia prawne, drzemiące przez długie lata: nikt o nich nie myśli, nie wywołują u nikogo wątpliwości i nikt się z nimi nie liczy. Nagle budzą się ze swego letargu, niewiadomo z jakiego powodu, i stają się przedmiotem dyskusji — tym żywszej, im dłużej trwał stan ich uśpienia.

Do tych zagadnień należy kwestia przedawnienia roszczeń z bruttów naftowych. Zastosowanie do nich normalnego, 30-to wzgl. 20-to letniego przedawnienia, zdawało się być niewątpliwym do niedawna. Wystarczył jednak zarzut procesowy krótkiego przedawnienia, podniesiony przeciw jakiemuś powództwu o zapłatę kilkuset złotych z tytułu zaległości bruttowych, by wywołać ożywioną polemikę, bądź to dla obrony[1])[2]), bądź też dla zwalczenia[3]) stanowiska prawnego, zajętego przez sąd, który — zmieniając w drugiej instancji wyrok — uznał roszczenie za zgasłe z powodu upływu

---

[44]) Allerhand, w swej glossie do Orzeczenia Sądu Najw. z 2. III. 1937. C. II. 2512/36 O. S. P. Nr 16/1938 powiada, że interes prawny jest wymogiem procesowym udzielenia ochrony prawnej, a gdy ten wymóg nie istnieje, sąd nie może dochodzić, czy żądanie powoda jest uzasadnione.

[1]) Prof. Dr **Roman Longchamps de Berier**: „Przedawnienie procentów brutto", Czasopismo Sędziowskie za styczeń—luty 1938.

[2]) Prof. Dr **Fryderyk Zoll** i Prof. Dr **Jan Gwiazdomorski**: „Przedawnienie procentów brutto", w Czasop. Sędz. za maj—czerwiec 1938.

[3]) Opinia prawna prof. **Dra M. Allerhanda.**

trzyletniego wzgl. pięcioletniego okresu przedawnienia.

Szukanie odpowiedzi dla zagadnień prawnych, wchodzących tu w grę, nie powinno się ograniczyć do samej tylko wykładni przepisów ustawowych, lecz musi objąć zbadanie odrębnych pod wielu względami stosunków obrotu naftowego, w szczególności, o ile o nasz przypadek idzie, istotę kontraktów naftowych i sposób ich wykonania. Na takiej dopiero podstawie można dojść do poznania rzeczywistej sytuacji prawnej i ocenić należycie *rationem legis*, której omawianie zajęło wiele miejsca w wspomnianej polemice.

I.

KONTRAKTY NAFTOWE.

Zajmiemy się tu tylko istotą umów, o ile ich przedmiotem są minerały żywiczne w stanie płynnym i lotnym, a więc ropa naftowa i gaz ziemny. Wzmianki w kontraktach o wosku ziemnym, minerale żywicznym o konsystencji stałej, nie mają praktycznego znaczenia z powodu zbyt uciążliwych wymogów technicznych i policyjno-górniczych dla zakładania kopalń wosku.

Zasadniczą treścią kontraktu naftowego jest przeniesienie ograniczonej, zazwyczaj na lat 25, własności pola naftowego, czyli odłączonego od własności nieruchomości prawa wydobywania, wraz z prawem poszukiwania, minerałów żywicznych (§ 2 i 3 noweli naft. z 22. III. 1908 l. 61. dz. u. kr.) w zamian[4]) za:

a) zapłatę jednorazowej kwoty, uiszczonej gotówką przy kontrakcie lub przyrzeczonej nim;

b) przyjęcie obowiązku płacenia tzw. *szybowego*, tj. jednorazowej zapłaty za każdy założony szyb;

c) przyjęcie obowiązku płacenia tzw. *metrowego,* tj. rocznych zapłat od metra kwadr. przestrzeni, zajętej pod kopalnię, budynki, przewody itp.;

d) przyjęcie obowiązku wydawania właścicielowi gruntu tzw. *udziałów brutto,* to jest procentowo oznaczonej części wydobytych minerałów, w naturze lub w wartości pieniężnej, na podstawie dokładnego rachunku, bez przyczynienia się z jego strony do kosztów wydobycia.

W tych ramach mieszczą się szczegółowe postanowienia, z których niektóre mają rozstrzygające znaczenie dla naszego zagadnienia.

1.

Pośrednim przedmiotem kontraktu naftowego są minerały żywiczne, wydobyte na podstawie prze-

---

[4]) **Dr Rosenberg: Kodeks Naftowy, I. Str. 420.**

niesionego prawa. Nie są one owocem naturalnym czy cywilnym, lecz samą substancją, istniejącą w ograniczonej, zużywalnej ilości[5]), podobnie jak w kopalniach gipsu, kamieniołomach etc. Kontrakty te zalicza[6]) kod. cyw. austr. do umów losowych (§§ 1065, 1276 i 1277)[7])[8]), zgodnie z klasyfikacją kodeksu Napoleona (contrats aléatoires, art. 1964)[9]). Polski kodeks zobowiązań klasyfikuje kontrakty losowe jako umowy sprzedaży (art. 295)[10]).

Wynika stąd, że kontrakty naftowe nie są kontraktami dzierżawy, jak je przed nowelą naftową określano, a odpłata za nie, któregokolwiek rodzaju, nie podpada pod pojęcie czynszu[11]).

2.

Z zawarciem i wpisaniem kontraktu do księgi naftowej nabywa przedsiębiorca tylko własność pola naftowego, a więc własność abstrakcyjnego tworu prawnego, którego przedmiotem jest prawo wydobywania minerałów żywicznych, czyli prawo podjęcia czynności poszukiwawczych i wydobywczych w granicach pola naftowego, stosownie do treści kontraktu. Nie nabywa on jednak tym samym jeszcze własności minerałów żywicznych jako takich, która jest celem kontraktu naftowego. W dziedzinie obowiązującego prawa rzeczowego poaustriackiego bowiem, które było też podstawą dotychczasowego ustawodawstwa naftowego, należą w myśl § 382 kod. cyw. minerały te do rzeczy, których nabycie zastrzeżone jest *„członkom Państwa"*, zrównanym w § 33 z cudzoziemcami pod warunkiem wzajemności *(res iacentes, ansprüchige Sachen).* Właściciel gruntu, wzgl. właściciel oddzielonego od gruntu pola naftowego, ma więc na podstawie ustaw naftowych tylko tytuł do nabycia własności minerałów żywicznych drogą ich ujęcia po wydostaniu się na powierzchnię, to jest drogą osobnego aktu prawnego, zwanego zawłaszczeniem *(Zueignung),* który jako ustawowy sposób nabycia (§ 381) daje mu dopiero pełną własność minerałów[12])[13]). Przy

---

[5]) Orz. N. S. z 11. V. 1932 w Przegladzie Prawa i Adm. Rok LVII. Str. 376. Orz. N. S. z 1. X. 1930 O. S. P. X. 463.

[6]) **Ehrenzweig:** System, II. 1. Str. 185.

[7]) Orz. Najw. Tryb. w Wiedniu z 12. V. 1909 Gl. U. N. F. 4619.

[8]) **Klang:** Kommentar, II. 2. Str. 1009 i 1010, III. Str. 919.

[9]) **Planiol:** O zobowiązaniach, Nr 1368.

[10]) Motywa do art. 2. proj. **Tilla i Longchampsa,** część szczeg.

[11]) Orz. uw. 6, odnośnie metrowego orz. Najw. Tryb. w Wiedniu z 1. X. 1913. Gl. U. N. F. 6590, inaczej **Rosenberg:** Kodeks Naftowy I, Str. 420; **Allerhand,** opinia, wyżej, uw. 3), który uważa metrowe za odpłatę, równą czynszowi najmu lub dzierżawy.

[12]) **Klang:** Kommentar I. 2. Str. 8 i 100, podobnie § 958 k. c. niem.

[13]) Inaczej, niesłusznie, **Till,** Prawo pryw. austr., wyd. 1892. Tom

minerałach żywicznych płynnych i lotnych, które nas tu tylko obchodzą, nie mogłoby to też być inaczej, skoro minerały te nie istnieją w podziemiu jako rzeczy oznaczone, w ilości ściśle oddzielonej granicami gruntu i pola naftowego, lecz są albo zmięszane z minerałami, znajdującymi się pod gruntami sąsiednimi, albo też przepływają w ciągłym ruchu wraz z innymi minerałami w nieznanej ilości pod nieznanym kompleksem gruntów.

Jeżeli więc właściciel gruntu względnie pola naftowego, uprawniony do zawłaszczenia minerałów, odstąpił kontraktem naftowym to prawo na pewien czas przedsiębiorcy, nadał mu on tylko możność prawną dokonania aktu zawłaszczenia w miejsce niego w zakreślonych tym kontraktem rozmiarach, o których niżej jeszcze będzie mowa.

3.

Świadczenia pozbywcy pola naftowego, właściciela gruntu, nie można bynajmniej poczytać za świadczenie jednorazowe, spełnione całkowicie w chwili przeniesienia pola naftowego[14]). Pole naftowe jest, jak wspomniano, sztucznym tworem prawnym, a przeniesienie jego nie nadaje nabywcy, przedsiębiorcy naftowemu, niczego innego jak prawo wydobywania produktów naftowych, jeżeli się po założeniu i wywierceniu otworu szybowego, a więc po robotach poszukiwawczych, do nich dostanie. Przez samo przeniesienie na nabywcę własności pola naftowego nie nabywa on jeszcze konkretnej, fizycznej możności podjęcia robót poszukiwawczych, a tym mniej wydobywczych, lecz do jej uzyskania potrzeba mu nadto dalszych świadczeń ze strony właściciela gruntu, które też istotnie nabywca zastrzega sobie w kontrakcie.

Te zastrzeżone świadczenia, spełniane po dłuższym lub krótszym czasie po kontrakcie, są zarówno pozytywnej jak i negatywnej natury. Przedmiotem pozytywnych świadczeń jest fizyczne oddanie, na każde żądanie nabywcy, oznaczonej przez niego przestrzeni gruntu, na której ma zamiar założyć kopalnię lub której ma zamiar użyć pod przewody i środki komunikacyjne dla kopalni, a to ilekroć zawiadomi pozbywcę o zamiarze założenia kopalni i umieszczenia przewodów lub ilekroć postanowi założoną kopalnię rozszerzyć względnie w innym miejscu inną założyć. Następnie tworzy przedmiot pozytywnego świadczenia obowiązek właści-

---

II. Str. 175, gdzie powiedziano, że „minerały niezastrzeżone są własnością właścicieli gruntów i już z tego powodu nie mogą być przedmiotem zawłaszczenia".

[14]) Inaczej **Zoll-Gwiazdomorski** w Czasop. Sędz. za maj—czerwiec, 1938, str. 132.

ciela gruntu usunięcia z tej, wybranej przez przedsiębiorcę, przestrzeni, a nawet z jej sąsiedztwa, wszelkich budynków i urządzeń, któreby były przeszkodą dla założenia i utrzymywania kopalni, czy to pod względem technicznym, czy też ze stanowiska przepisów policyjno-górniczych. Świadczenia negatywne zaś polegają na stałym zaniechaniu wykonywania jakichkolwiek aktów posiadania na oddanej przestrzeni, do których pozbywca jest jednak uprawniony z tytułu swojej własności gruntu odnośnie reszty przestrzeni, objętej kontraktem, a nie oddanej przedsiębiorcy.

Postanowienia tego rodzaju zawiera z reguły każdy kontrakt naftowy, a gdzieby wyjątkowo nie były wyrażone, wynikają one z istoty stosunku prawnego i ze zwyczaju (§§ 863 i 914 a. k. c. i art. 60 § 2 i 107 k. z.).

Podobne stosunki obowiązkowe zalicza nauka do tzw. trwałych *(Dauerschuldverhältnisse)*, które stwarzają obowiązek ciągłej albo trwającej dłuższy czas lub przynajmniej okresowo powracającej czynności wykonawczej, w przeciwieństwie do przemijających stosunków obowiązkowych *(vorübergehende Schuldverhältnisse)*, których zadaniem jest stworzenie jednorazowego wyniku w pewnej oznaczonej chwili. Przykładem stosunków trwałych są: umowa o pracę, umowa najmu, umowa spółki itd.[15]).

Przy kontraktach naftowych ma się rzecz podobnie jak przy umowie najmu, gdzie obowiązki wynajmującego i wydzierżawiającego nie realizują się w chwili zawarcia umowy, lecz obejmują cały szereg dalszych, zarówno pozytywnych jak i negatywnych, świadczeń po tej chwili, a nawet po chwili oddania przedmiotu najemcy i dzierżawcy.

4.

Świadczenia nabywcy pola naftowego (wyżej pod a do d) nie są odpłatą za poszczególne świadczenia właściciela gruntu, lecz tworzą odwzajemnienie za wszystkie prawa, nadane kontraktem naftowym. Jakkolwiek w poszczególnych świadczeniach można było dojrzeć tu i ówdzie element specjalnej pobudki, jak np. w tzw. *metrowem* — motyw wynagrodzenia właściciela za pozbawienie go możności uzyskania pożytków rolnych, o czym w dawniejszych kontraktach znajdowała się czasem wzmianka, to jednak ma to dziś tylko historyczne znaczenie, pozbawione aktualności. Stypulacje kontraktów naftowych bowiem nie wspominają już od wielu lat o motywie *metrowego*, i nie

[15]) **Windscheid:** Pandekten, II. Str. 9; — **Hasenöhl:** Obligationenrecht, I. Str. 176; — **Klang:** Kommentar II. 2. Str. 18 i d.; — **Ehrenzweig:** II. 1, str. 344.

czynią różnicy między poszczególnymi rodzajami odpłaty, lecz traktują wszystkiego jako odwzajemnienie za całość praw umownych, zaś inna wola stron nie da się wysnuć ani z brzmienia i wykładni kontraktu, ani też z obecnego zwyczaju w obrocie.

Orzeczenia sądów nie zajęły się dotąd bezpośrednio tym zagadnieniem, lecz wspominają o nim mimochodem przy sposobności rozstrzygania pytania, czy metrowe podpada pod pojęcie czynszu czy też świadczeń powrotnych. W szczególności orzeczenie Najw. Tryb. w Wiedniu z 7. X. 1913 Nr 6590 Gl. U. N. F. wyraża zapatrywanie, że głównym celem kontraktu naftowego jest nabycie prawa wydobywania minerałów żywicznych, porozumienie zaś w przedmiocie używania powierzchni i odpłata za nie, stanowi tylko postanowienie uboczne, któreby bez głównego celu kontraktu nie było do pomyślenia. Skoro zaś kontrakt naftowy nie jest umową najmu, nie podpada również metrowe pod pojęcie czynszu. Podobnie też orzeczenie Sądu Najw. w Warszawie z 11. V. 1932, ogłoszone w Przegl. Prawa i Adm. Rok LVII, poz. 246, podziela zapatrywanie, że „metrowe jest częścią wynagrodzenia, jakie właściciel gruntu wymawia sobie w kontrakcie naftowym za zużycie zawartości ropnej tego gruntu i za zniszczenie powierzchni tegoż“. — Nie widzi ono również w metrowem czynszu, nie mogąc uważać kontraktu naftowego, z powodu zużywalności przedmiotu, za kontrakt najmu.

II.

UDZIAŁY BRUTTO.

O istocie praw kontraktowych właściciela gruntu, wśród których najdonioślejszymi są *udziały brutta*, rozstrzygają niektóre znamiona faktycznej i prawnej natury, którym należy szczególną uwagę poświęcić. Ograniczamy się przy tym do omówienia udziałów brutto, ustanowionych kontraktem naftowym dla właściciela gruntu, jako do przypadków normalnych, pomijając udziały przyznane innym osobom, czy to z tytułu pośrednictwa, czy też dla celów finansowych, jako wyjątkowe. Słusznie przytacza prof. Allerhand w swej opinii (wyżej uw. 3), że „kwestie prawne rozstrzyga się według zwyczajnych przypadków, a nie wyjątkowych, co od dawna jest przyjęte“.

1.

W kontraktach naftowych określony bywa *udział brutto* jako „udział w ryczałtowym zysku minerałów żywicznych“. Ta błędna nazwa zdaje się pochodzić

z wadliwego przełożenia na język polski jakiegoś kontraktu niemieckiego, spisanego w czasach, kiedy język ten był jeszcze w zaborze austriackim językiem urzędowym. Określenie bowiem, w języku niemieckim: „*Anteil an der Gesamtausbeute von Erdharzmineralien*“, nie oznacza w tym języku nic innego, jak udział we wszystkich minerałach żywicznych, uzyskanych z wydobycia. Tłumacz jednak, który widocznie nie umiał dać sobie rady z rzeczownikiem niemieckim „*Gesamtausbeute*“, trudnym do zastąpienia odpowiednim rzeczownikiem polskim, pomięszał słowo „*Ausbeute*“ (wynik uzyskany z wydobycia) ze słowem „*Ausbeutung*“ (wyzysk) i ujrzał najlepszy sposób wybrnięcia z trudności w oddaniu słowa „*Gesamt*“ określeniem „*ryczałtowy*“, zaś pojęcia „*Ausbeute*“ określeniem „*zysk*“. Błąd ten przetrwał dziesiątki lat i pokutuje w kontraktach naftowych dziś jeszcze.

W rzeczywistości nie wskazuje ani którekolwiek postanowienie lub myśl kontraktu naftowego, ani też zwyczaj lub praktyka obrotu na to, że strony miały zamiar przez ustanowienie *udziału brutto* zapewnić właścicielowi gruntu „*zysk*“ — w znaczeniu nadwyżki aktywów ponad pasywa.

Zasadą wszystkich kontraktów naftowych jest, że właściciel gruntu, jako uprawniony z tytułu *udziałów brutto*, otrzymuje swoją procentową część minerałów żywicznych „loco kopalnia“, to jest w tym samym miejscu, w którym je przedsiębiorca uzyskuje.

Praktyczne konsekwencje tej zasady w postanowieniach wykonawczych poszczególnych kontraktów są różne, stosownie do epoki ich zawarcia i rozmaitości stosunków technicznych.

W kontraktach dawnych zagłębia borysławskiego, zawieranych w czasie przed osiągnięciem dużych produkcyj, a także w kontraktach starszych i nowszych innych zagłębi, w których spodziewaną jest mała produkcja ropy, — (pierwszy typ), — mieści się z reguły postanowienie, że ropa, wydostająca się ze szybu, spływa do rezerwoaru kopalnianego, pozostającego pod wspólnym zamknięciem przedsiębiorcy i właściciela gruntu. Ropa ta dostaje się zatem od razu we władztwo obydwu — i obydwaj, zawłaszczając ją jednocześnie, stają się jej współwłaścicielami w stosunku, ustanowionym kontraktem naftowym, to jest właściciel gruntu w części, odpowiadającej jego *udziałowi brutto*, a przedsiębiorca w reszcie. W drodze od wyjścia z podziemia aż do spłynięcia do rezerwoaru kopalnianego nie staje się też ropa przedmiotem jakiejkolwiek innej czynności zawłaszczającej, która nie byłaby zresztą do pomyślenia przy małej odległości, wynoszącej zaledwie kilka metrów.

W powyższych przypadkach, w których się najwyraźniej przebija istota prawna udziałów brutto, niema więc mowy

o *„świadczeniu“* przedsiębiorcy na rzecz właściciela gruntu, gdyż obydwaj rozporządzają razem produktem, pozostającym w ich wspólnej własności i w ich wspólnym posiadaniu.

W innych kontraktach — (drugi typ), — w których postanowienia takie byłyby niewykonalne, czy to z powodu przewidywanej większej produkcji, dla której przechowania rezerwoar kopalniany nie wystarczałby, czy też z innych powodów, nie doznaje wprawdzie powyższa zasada *„loco kopalnia“* zmiany, jednak wykonanie jej następuje w sposób odmienny. W szczególności przedsiębiorca przyjmuje obowiązek przetłaczania ropy właściciela gruntu do rezerwoarów zakładu magazynowego danego zagłębia na jego (właściciela) rachunek i niebezpieczeństwo. Wyrazem tego jest postanowienie kontraktu, że właściciel gruntu ma ponosić wszystkie koszty od wydostania się ropy z otworu wiertniczego aż do jej objęcia w swe dzierżenie. Jako koszty takie wymieniają kontrakty naftowe koszt tzw. *podgrzewania ropy*, to jest jej przysposobienia do tłoczenia przez ogrzanie parą, koszt tzw. *„podtłoczenia“* ropy, to jest koszt jej przetłoczenia z kopalni do głównej tłoczni zakładu magazynowego, skąd dopiero przetłaczaną bywa do rezerwoarów tego zakładu, następnie wszystkie koszty, policzone przez ten zakład za dalsze przetłoczenie i magazynowanie ropy. Przyjęcie przez właściciela gruntu niebiepieczeństwa od samej już chwili wydostania się ropy z otwoświdrowego objawia się w postanowieniach o zaasekurowaniu ropy na jego rachunek i w ponoszeniu przez niego tzw. *manca magazynowego,* to jest ryczałtowego ubytku ropy w czasie jej przechowania w rezerwoarach zakładu magazynowego. Postanowienia te o obowiązku przedsiębiorcy przetłaczania ropy właściciela gruntu i zawarcia tym samym umowy z zakładem magazynowym mieszczą w sobie elementy umowy zlecenia, w której właściciel gruntu daje, a przedsiębiorca przyjmuje, zlecenie wykonania wspomnianych czynności.

Ani powyższa zasada, ani też jej wykonanie nie doznają zmiany tam, gdzie wartość wstępuje w miejsce, czy to ropy, czy też gazu, którego natura nie dozwala zresztą innego sposobu poboru. W tym przypadku jest przedsiębiorca obowiązany sprzedać minerały właściciela gruntu na równi ze swoimi własnymi — względnie, o ile ich sam używa, zapłacić za nie zwyczajną cenę, w każdym razie z potrąceniem wspomnianych kosztów, będących konsekwencją zasady *„loco kopalnia“*. Nie inaczej ma się rzecz w razie przymusowego zakupu ropy bruttowej przez Państwo zgodnie z ustawą z 1. maja 1923 Nr 55, poz. 387 Dz. U. R. P. dla Państwowej Fabryki Olejów Mineralnych (Polmin).

W niektórych kontraktach naftowych — (trzeci typ) — zawieranych w nowszych czasach, określa się *udziały brutto* w ten sposób, że właściciel gruntu, pozbywając przedsiębiorcy pole naftowe za odpłatą w gotówce oraz w tzw. *szybowem* i *metrowem*, zastrzega sobie, na czas trwania uprawnień przedsiębiorcy, procentową część wydobytych przez niego minerałów *„loco kopalnia"*, przy czym postanowienia o przetłaczaniu ropy, o kosztach właściciela gruntu i jego niebezpieczeństwie, są podobne jak w kontraktach poprzedniego typu.

Istotę *udziałów brutto* i wolę stron poznać można najwyraźniej z pierwszego typu kontraktów. Nie ulega wątpliwości, że strony, zawierające umowę, chcą zapewnić właścicielowi gruntu własność przypadających na niego minerałów, natychmiast po ich wydobyciu, którą też właściciel gruntu rzeczywiście w ten sposób nabywa. W tym przypadku nie istnieje w normalnym toku rzeczy ani roszczenie o wydanie ropy, przypadającej na udział brutto, ani też jej świadczenie, skoro właściciel gruntu znajduje się już w jej posiadaniu.

Tak samo okazuje się wyraźnie przy trzecim typie kontraktów, że celem *„zastrzeżenia"* stosunkowej części minerałów dla właściciela gruntu jest nabycie ich własności przez niego samego w chwili ich wydobycia.

Pozostaje zatem do rozpatrzenia, kiedy i w jaki sposób właściciel gruntu nabywa własność minerałów, przypadających na jego udział brutto, przy drugim typie kontraktów, a względnie, kiedy i w jaki sposób realizowanym bywa *„zastrzeżenie"* przy trzecim ich typie.

Otóż niema przede wszystkim podstawy do przypuszczenia, że przy drugim typie kontraktów intencja stron miałaby być inną niźli przy innych dwóch, skoro nie zaszła zmiana ani w motywach ich woli ani też w zasadniczych warunkach zewnętrznych. Jedynie rozwój techniczny, utrudniający właścicielowi gruntu zawłaszczenie przypadających na niego minerałów na samej już kopalni, musiał spowodować konieczność przystosowania się do nowych stosunków. Dowodem tego jest pozostawienie bez zmiany obydwu zasad kontraktowych, a mianowicie zasady *„loco kopalnia"* i zasady obciążenia właściciela gruntu kosztami i niebezpieczeństwem od chwili wydostania się minerałów z podziemia.

Wzajemny stosunek właściciela gruntu i przedsiębiorcy opiera się przy kontraktach naftowych drugiego i trzeciego typu odnośne ropy, a również przy kontraktach wszystkich trzech typów odnośnie gazów, na wspomnianej umowie zlecenia.

Przyjęcie bowiem przez przedsiębiorcę obowiązku prze-

tłoczenia ropy właściciela gruntu i wydania mu jej w naturze lub sprzedania na jego rachunek ropy czy gazów, nie jest niczym innym, jak potwierdzeniem zlecenia, w którym mieszczą się wszystkie znamiona tzw. zastępstwa pośredniego *(mittelbare Stellvertretung)*. Zastępstwo to, pod które podpada też komis handlowy, zachodzi tam, gdzie zastępca, występując na zewnątrz w własnym imieniu, działa na rachunek dającego zlecenie, przy czym skutki prawne powstają tylko w jego osobie jednocześnie z obowiązkiem przeniesienia ich na dającego zlecenie[16]). Instytucja ta, nie mieszcząca się w ramach pełnomocnictwa kod. cyw. austr.[17]), została w nowszych dopiero czasach przystosowaną do niego na podstawie analogii z mandatem rzymskiego prawa i opartą na wzorze komisu handlowego[18]).

W dziedzinie polskiego kodeksu zobowiązań wynika jej dopuszczalność z art. 499 i 506[19]). Różni się ona od powiernictwa *(Treuhand)* tym, że powiernik działa w interesie innej osoby, zaś pośredni zastępca na jej rachunek[20]) oraz tym, że w zleceniu wysuwa się na pierwszy plan wykonanie czynności prawnych, podczas gdy zamiar stron skierowany jest przy powiernictwie przede wszystkim na przysporzenie powiernikowi *(Zuwendung)* prawa bez przyczyny *(causa)*, usprawiedliwiającej definitywnie jego nabycie, przy czym stosownie do celu powiernictwa, może się też łączyć z nim zlecenie[21]).

Logicznym, rozumiejącym się przez się, założeniem tego zlecenia jest zawłaszczenie przez przedsiębiorcę w charakterze pośredniego zastępcy właściciela gruntu[22]) stosunkowej części minerałów, jednocześnie z zawłaszczeniem reszty dla siebie samego. Ma to też istotnie miejsce.

Nabywszy w ten sposób na rachunek właściciela gruntu własność ropy bruttowej lub gazu, podobnie jak komisant nabywa własność towaru na rachunek komitenta, względnie sprzedawszy minerały te dobrowolnie lub przymusowo (cyt. ustawa z 1. maja 1923 poz. 387), obowiązany jest przedsiębiorca, na podstawie ogólnego zlecenia, udzielonego mu kontraktem naftowym, wydać właścicielowi gruntu wszystko, co dla niego uzyskał (art. 506 § 2 k. z.), a więc w pierwszym przypadku przenieść na niego własność ropy[23]), po dokona-

[16]) **Ehrenzweig**: System, I. 1. Str. 266.
[17]) **Hasenöhl**: Obligationenrecht, I. § 29, uw. 38.
[18]) **Klang**: Kommentar, II. 2. Str. 777 i d.
[19]) **Motywy Tilla i Longchampsa** do art. 215 i 216 proj. części szczeg.
[20]) **Klang**: Kommentar, I. 1. Str. 1124.
[21]) **Tuhr**: Der allgem. Teil d. deutschen Bürgerl. Rechtes (System. Handb. d. deutschen Rechtswissensch. **Bindinga**), II. 2. Str. 125 i 191.
[22]) **Ehrenzweig**: System I. 2. Str. 75.
[23]) **Klang**: Kommentar I. 1. Str. 1222 nazywa takiego zastępcę „Ersatzmann“ (der stille Vertreter mit geheimer Vollmacht) § 1017 a. E. —

niu rozdziału wspólności, zaś w drugim wydać mu cenę uzyskaną, względnie, jeżeli użył minerałów dla siebie, cenę przewidzianą na ten przypadek w kontrakcie.

Spowodowanie tego skutku prawnego względnie działanie przedsiębiorcy jako dłużnika w celu sprowadzenia go, nie jest niczym innym jak wynikającym już z ustawy, a powtórzonym za nią w kontrakcie, skutkiem wykonania zlecenia, natomiast nie ma charakteru „świadczenia“ w rozumieniu prawa obligacyjnego.

Pod akty prawne bowiem *(Rechtsgeschäfte)* z § 859 a. k. c. względnie pod oświadczenia woli z art. 1 k. z. jako źródła zobowiązań, wchodzących w zakres naszego zagadnienia, nie może podpadać zobowiązanie do wydania minerałów żywicznych, uzyskanych przez przedsiębiorcę jako pośredniego zastępcę, gdyż nie powstaje ono z „oświadczenia woli prywatnej skierowanej na powstanie, zgaśnięcie lub zmianę praw“, na której akt prawny *(Rechtsgeschäft)* polega[24]), lecz stanowi logiczny, ustawowy, skutek wykonania zlecenia, przy czym jest momentem zupełnie obojętnym, czy zobowiązanie do sprowadzenia tego skutku ustawowego powtórzono w umowie, czy nie.

Do tego samego wniosku dojdziemy, badając nasze zobowiązanie ze stanowiska innego znamienia, charakterystycznego dla świadczeń obligacyjnych. Jeżeli się one nawet nie muszą odznaczać, według zapatrywania nowszej nauki, wartością zamienną, to jednak musimy przyjąć za Hasenöhrlem[25]) jako konieczny wymóg *„wpływ czynności, stanowiącej świadczenie na majątek wierzyciela“*, rozumiejąc przez majątek *„wszystkie nadające się do wstąpienia w obrót dobra i korzyści, nad którymi człowiek wykonuje swe władztwo“*. — Trafnie określa też Schlesinger w komentarzu Klanga (1928) kryterium tych świadczeń w ten sposób, że idzie w nich o przysporzenie wierzycielowi lub trzeciej osobie korzyści *„kosztem dobra prawnego albo chronionego w sobie samym interesu prawnego dłużnika“*[26]), które przy pozytywnych świadczeniach czy to osobistych (czynienie), czy też rzeczowych (danie) polegać mogą tylko na tym, że *„świadczenie osobiste — jak przy umowie o pracę, o dzieło, zlecenie — ma dłużnik wykonać ze swej siły roboczej, rzeczowe ze swego majątku“*[27]).

---

insbesondere der kaufmännische Kommissionär — der im Auftrage eines anderen, aber im eigenen Namen handelt, wenn auch mit der Absicht die Wirkungen des Geschäftes früher oder später auf seinen Auftraggeber zu übertragen“. Podobnie **Ehrenzweig**, I. 2, str. 75.

[24]) **Windscheid:** Pandekta I, str. 174.

[25]) **Hasenöhrl:** Obligationenrecht, I, str. 23.

[26]) „eines Rechtsgutes oder eines an sich rechtlich geschützten Interesses des Schuldners“ — **Klang:** Kommentar II. 2, str. 13.

[27]) „Die persönliche Leistung soll der Schuldner — wie bei Dienst-, Werkvertrag, Auftrag — aus seiner Arbeiskraft, die sachliche aus seinem Vermögen erbringen“ — **Klang:** Kommentar, II. 2, str. 15.

— W naszym przypadku niema naturalnie mowy o tym, by przedsiębiorca przelewając na właściciela gruntu własność minerałów żywicznych lub wydając mu cenę uzyskaną za nie, czynił to ze swego majątku, lub z uszczerbkiem jakiegoś interesu prawnego, skoro interes polegający na zatrzymaniu udziału brutto byłby sprzeczny z prawem.

Tak więc okazuje się zarówno z historii powstania kontraktu naftowego, z jego postanowień, myśli i celu zawarcia, jako też z praktyki, stosowanej stale w obrocie naftowym, że treści udziału brutto nie stanowi bynajmniej świadczenie przedsiębiorcy, lecz, że istotą jego jest zastrzeżone właścicielowi gruntu prawo do procentowo oznaczonej części wszystkich minerałów żywicznych, którą on nabywa na imię bądź własne, bądź przedsiębiorcy już w chwili wydostania się minerałów z podziemia. — Nie zmienia tu niczego włączenie w kontrakcie udziałów brutto w skład odpłaty, czy wynagrodzenia za pozbycie pola naftowego. Jakkolwiek nie mają one za przedmiot świadczeń w przytoczonym rozumieniu, to jednak tworzą, wśród innych, istotnie odpłatę za pozbycie pola naftowego, a mianowicie w postaci ograniczenia nimi praw przemysłowca, zobowiązania się przemysłowca do podjęcia, ze względu na nie, czynności poszukiwawczych i wydobywczych do pewnego czasu, do pewnej ilości szybów i pewnej ich głębokości itd., tudzież w postaci przyjęcia zlecenia, o którym wyżej była mowa. Poza tym zaś nie mogłaby jakakolwiek nadana kontraktem naftowym nazwa czy forma zmienić istoty stosunku prawnego i wynikającego z woli stron celu umowy.

2.

Źródłem powstania roszczenia o wydanie udziałów brutto — bez względu na to, czy odpowiednikiem tego roszczenia jest świadczenie obligacyjne, czy też jest ono jedynie skutkiem wykonania zlecenia — są nie tylko przyczyny prawne, o których była wyżej mowa, lecz inne jeszcze zdarzenia, z których jedne wpływają na samo powstanie prawa, drugie na jego treść, trzecie na jego rozmiar.

Główną przyczyną powstania powyższego roszczenia, jest wydobycie minerałów jako takie, a więc osiągnięcie w tej właśnie postaci wyniku czynności poszukiwawczych i wydobywczych, zależnego zarówno od czynników naturalnych (istnienie minerałów) — jako też od działania ludzkiego (wiercenie i eksploatacja).

Błędne jest rozumowanie[28]), że osiągnięcie produkcji i jej

[28]) Zoll-Gwiazdomorski w Czasop. Sędz. za maj—czerwiec 1938, str. 130 i 131.

regularne trwanie, przewidywane przez strony, jest założeniem roszczenia z udziału brutto, wobec czego powyższe czynniki wpływają tylko na rozmiar prawa, nie zaś na jego powstanie. Osiągnięcie produkcji zawisło w pierwszym rzędzie od jej istnienia, a więc od czynnika obiektywnego, którego zajścia nie może sprowadzić ani działanie ludzi ani ich wola lub przewidywanie. Jeżeli przedsiębiorca nie osiągnie produkcji, to nie uzyska jej też właściciel gruntu, mimo przewidywania — jeżeli ją zaś przedsiębiorca osiągnie, stanie się to dzięki istnieniu minerałów w podziemiu, a nie dzięki jego przewidywaniom... Na rozmiar roszczenia osoby uprawnionej z udziału brutto wpłynie wysokość produkcji tylko wtedy, jeżeli ją w ogóle uzyskano, gdyż przy produkcji zero byłoby przedmiotem roszczenia również zero, zaś świadczenie o przedmiocie zero nie jest w ogóle świadczeniem, bez względu na to, jakie nadamy znaczenie temu pojęciu.

Treść każdoczesnego roszczenia o wydanie udziału brutto, w szczególności rodzaj jego przedmiotu (w naturze lub wartości), zawisłą była aż do 1. czerwca 1923, jako dnia wejścia w życie cyt. ustawy z 1. maja 1923, wyłącznie od wyboru właściciela gruntu, którego mu w myśl kontraktu nie wolno było zmieniać częściej niż w okresach kilkumiesięcznych; od dnia 1. czerwca 1923 zaś zależy treść ta od tego czy Polmin wykonał swe przymusowe prawo zakupu ropy. Moż.liwość, że Polmin nie skorzysta z przywileju ustawy, zachodzi naturalnie zawsze, wypadki zaś istotnego zaniechania zakupu i zwolnienia tym samym niektórych gatunków ropy lub niektórych kopalń zdarzają się sporadycznie od czasu do czasu poza zagłębiem borysławskim, wobec czego nie można z góry przewidzieć, czy ropa czy też pieniądz będzie przedmiotem udziału brutto.

Wszystkie inne czynniki wpływają na każdoczesny rozmiar roszczenia właściciela gruntu o wydanie mu minerałów lub ich wartości. Do nich należą wysokość produkcji względnie też jej cena, wysokość potrąceń, o których była mowa wyżej pod 1), itp.

3.

W kontraktach naftowych przyjmuje przedsiębiorca obowiązek składania właścicielowi gruntu, zazwyczaj do 15-go każdego miesiąca, dokładnych rachunków z wydobytej w poprzednim miesiącu produkcji i z uzyskanej za nią ceny, oraz z potrąceń i obciążeń, o których była mowa wyżej pod 1); tudzież obowiązek wydania mu jednocześnie lub kilka dni później wszystkiego, co z rachunku tego właścicielowi gruntu na jego udział brutto przypada. Istota i cel tego postanowienia, przyjętego do kontraktu w in-

teresie obydwu stron, tkwi w tym, że właściciel gruntu jako wierzyciel chce przed przyjęciem zapłaty poznać jej podstawę rachunkową, aby móc ją skontrolować i aby nie wywołać pozoru, że — przyjąwszy zapłatę — rezygnuje z ewentualnych roszczeń, zaś przedsiębiorca, jako zobowiązany, chce wydać minerały względnie cenę za nie tylko na podstawie dokładnego obliczenia, aby ustrzec się od szkody, gdyby wydał za dużo, lub od odpowiedzialności, gdyby wydał za mało. Obydwa świadczenia przedsiębiorcy, w szczególności wydanie właścicielowi gruntu minerałów względnie ich ceny, oraz uprzednie, a conajmniej równoczesne, złożenie mu rachunków, tworzą jedną nierozerwalną całość.

Obowiązek składania rachunków jest postanowieniem ubocznym w stosunku do postanowienia głównego o obowiązku wydania właścicielowi gruntu minerałów względnie ceny za nie. Okazuje się to stąd, że świadczenie składania rachunków tworzy przedmiot zobowiązania jedynie ze względu na zobowiązanie główne[29]), nie mogłoby zaś powstać bez niego[30]). Nie należy ono do istoty aktu prawnego, gdyż z jego odpadnięciem akt istniałby dalej[31]) i nie wchodzi w grę przy podporządkowaniu aktu prawnego pod pewien typ (kupno, najem itp.)[32]).

Ekonomiczne zadanie świadczeń ubocznych polega nie na zapewnieniu wierzycielowi samoistnej korzyści gospodarczej, lecz na poparciu świadczenia głównego *(Mitwirkungsleistungen)* albo też na zabezpieczeniu jego wykonania *(Vorbereitungsleistungen)*. — Do tych drugich należy świadczenie złożenia rachunku[33]). Świadczenia tego rodzaju tworzą często „przedmiot niepodzielnego wykonania, to znaczy interes wierzyciela w należnym mu świadczeniu głównym, jest w sposób widoczny drugiej stronie przywiązany do spowodowania świadczenia ubocznego“[34]). Podobna niepodzielność wykonania obydwu świadczeń, to jest złożenia rachunku i zależnego od niego wydania wyniku rachunkowego, zachodzi też w naszym przypadku, jak to wynika z opisanej wyżej treści obydwu zobowiązań i ich wzajemnego stosunku. Nie ulega wątpliwości, że obydwie strony są świadome tego związku, gdyż na nim opiera się właśnie cel obowiązku składania rachunków.

Źródłem postanowień ubocznych w rodzaju przytoczonych jest często przy umowach stosunek prawny, przyjmujący po-

---

[29]) **Till:** Prawo pryw. austr. III, str. 46.
[30]) **Ehrenzweig:** I. 1, str. 129.
[31]) **Windscheid:** Pand. I, str. 232.
[32]) **Klang:** Kommentar, II. 2, str. 18.
[33]) **Klang:** Kommentar, II. 2, str. 18, 452 i 453.
[34]) **Klang:** Kommentar, II. 2, str. 486; — **Ehrenzweig:** II. 1, str. 207.

stać warunku. Nie mogąc wypełnić same przez się treści umowy, mają warunki takie doniosłe dla umowy znaczenie tak, że mimo swej postaci postanowień ubocznych *(Nebenbestimmungen),* nie należą bynajmniej do podrzędnych *(nicht nebensächliche Bestimmungen)*[35]).

Jakkolwiek kontrakt naftowy nie określa obowiązku składania rachunków wyraźnie jako warunku zapłaty, to jednak związek między obu świadczeniami może być poczytany za milczący warunek zawieszający, którego dopuszczalność nauka uznaje[36]). Milczącym jest bowiem założenie, że przedsiębiorca wyda minerały lub ich wartość, a właściciel gruntu je przyjmie, *jeżeli* przedsiębiorca sporządzi i przedłoży szczegółowy rachunek tudzież, *jeżeli* z zestawienia poszczególnych pozycyj rachunku wyniknie saldo dodatnie. Takie uzależnienie w znamiennej dla warunku formie („si", „jeżeli") skutku prawnego, polegającego na wydaniu właścicielowi gruntu minerałów lub ceny za nie, od zdarzenia polegającego na potestatywnej czynności zobowiązanego przemysłowca w postaci sporządzenia i przedłożenia przez niego rachunku oraz na przypadkowej okoliczności dodatniego salda rachunkowego, pozostającej z czynnością tą w związku, — tworzy dopuszczalną treść warunku.

O ile nawet o samą potestatywną część idzie, jest warunek polegający nie na dowolności osoby, której wola ma być poddaną ograniczeniu, lecz na jej czynności innej jak oświadczenie woli, zupełnie skuteczny[37]). Warunek taki zawisły od czynności osoby, która ma się stać zobowiązaną przez spełnienie warunku, jest traktowany na równi z warunkiem, zawisłym od czystego przypadku lub od woli osoby trzeciej, pod ogólną nazwą warunków przypadkowych[38]). W tej mierze zgodne jest prawo austriackie[39]) i polski kodeks zobowiązań[40]) z kod. cyw. niemieckim[41]) i z prawem obligacyjnym szwajcarskim (art. 155). Jedynie kodeks Napoleona poczytuje zobowiązanie, zaciągnięte pod warunkiem, zależnym od przypadku, który zobowiązany może sprowadzić, lub któremu może zapobiec, za nieważne (art. 1170 i 1174).

Oceniając powyższy stosunek ze stanowiska niepodzielności wykonania, mającego źródło swe w warunku zawieszają-

---

[35]) **Hasenöhrl:** Obligationenrecht ,I, str. 490; podobnie **Klang:** Kommentar, II. 2, str. 316.

[36]) **Ehrenzweig:** System, I. 1, str. 228; **Dernburg:** Pandekten, I. str. 248.

[37]) **Windscheid:** Pand. I. 233; — **Till:** Prawo pryw. austr. I, str. 330.

[38]) **Hasenöhrl:** Obligationenrecht, I, str. 492, 493; — **Till:** Prawo pryw. austr. I. str. 336 i uw. 3, do § 82.

[39]) **Hasenöhrl:** Obligationenrecht, I, str. 492.

[40]) **Motywa Tilla** do art. 32, proj. części og.

[41]) **Planck:** Bürgerl. Besetzbuch, I, str. 276.

cym, dochodzimy do wniosku, że wykonanie zobowiązania głównego (wydanie minerałów lub ceny) nie może nastąpić bez uprzedniego, a conajmniej równoczesnego, wykonania zobowiązania ubocznego (złożenie rachunku).

Natomiast nie możnaby poczytać postanowienia kontraktu o przedłożeniu rachunku za postanowienie równorzędne z postanowieniem o wydaniu właścicielowi gruntu minerałów żywicznych lub ich ceny, zaś tego ostatniego za postanowienie wyrażające termin, a nie warunek.

Przeciw równorzędności przemawia okoliczność, że ilość minerałów lub ich wartość, przypadająca bruttowcowi, jest wynikiem czynników, których obliczenie stanowi przedmiot przedłożonego rachunku, i że bez czynności przygotowawczej w postaci tego rachunku, ani wynikająca z niego suma nie może być znaną, ani też jej wypłata, według woli stron, dokonaną. Tak samo też nie nadaje oznaczenie czasu dla wydania minerałów lub ich oceny odnośnemu postanowieniu charakteru terminu (§ 704 a. k. c.), którego znamieniem jest, że zajść musi w zależności od samego upływu czasu[42]), podczas gdy w naszym przypadku obowiązek zawisł od zdarzenia, którego zajście, chociaż oznaczone czasowo (termin złożenia rachunków), nie zależy od samego upływu czasu, lecz od czynników odmiennych od czasu i niezawisłych od niego[43]).

W związku z obchodzącym nas zagadnieniem przedawnienia należy rozpatrzyć, od której chwili rozpoczyna się bieg przedawnienia dla roszczenia bruttowca o wydanie mu minerałów lub ceny za nie.

Zarówno w prawie austriackim jak i w kod. zob. przyjętą jest zasada, że *actio est nata* od dnia, w którym skarga może być wniesioną[44]) względnie, w którym niema przeszkody do jej wniesienia, a więc jak to kod. zob. wyraża, *„w którym wierzytelność stała się wymagalną"*. — Zasada ta jest zgodną z ogólnymi pojęciami prawnymi, a jej konsekwencją jest, że bieg przedawnienia dla roszczeń warunkowych rozpoczyna się od ziszczenia się warunku zawieszającego[45]) — tak, że motywy do kod. zob.[46]) uważały umieszczenie w tym względzie prze-

---

[42]) **Till**: Prawo pryw. austr. I. str. 351; — **Ehrenzweig**: System I. 1, str. 235.

[43]) **Windscheid**: Pand. I. 233; — **Till**: Prawo pryw. austr. I. str. 330 i d.; — **Ehrenzweig**: System, I. 1. str. 226 i d.

[44]) **Klang**: Kommentar IV, str. 621; — **Ehrenzweig**: System I, 1, str. 290; — **Hasenöhrl**: Obligationenrecht, II. str .609.

[45]) **Winscheid**: Pand. I. str. 309; — **Źródłowski**: Die Verjährung, str. 41; — **Klang**: Kommentar, IV, str. 622; — **Ehrenzweig**: System, I. 1, str. 290; — **Planck**: Bürg.-Gesetzb. I. str. 338; — **Longchamps**: Zobowiązania, str. 417 i 418.

[46]) **Uzasadnienie kod. zob.** w opracowaniu prof. **Longchampsa**, str. 435 i motywy do art. 197, proj. części og. **Tilla**.

pisu ustawowego, podobnego do art. 2257 kod. Nap. i § 198/2 k. c. niem., za zbędne.

Jeżeli więc zachodzi stosunek niepodzielności świadczenia ubocznego (rachunek) z zależnym od niego świadczeniem głównym (wydanie minerałów), nie może stać się zobowiązanie główne wymagalnym przed wykonaniem zobowiązania ubocznego, a tym samym nie może się bieg przedawnienia dla roszczenia o wydanie minerałów, przypadających na udział brutto, lub ceny za nie, rozpocząć przed złożeniem rachunku.

Rzecz ma się tu podobnie jak przy związku między obowiązkiem złożenia rachunków, a wydaniem dochodów ze stosunku współwłasności lub spółki. Przed złożeniem rachunku jest dochodzenie *„poszczególnych roszczeń z tytułu dochodów“* niedopuszczalne, gdyż roszczenie *„nie odpowiada wymogowi płatności“*[47]).

Jednak mimo to może uprawniony (spólnik, właściciel udziału brutto) zrzec się przedłożenia rachunku i podać powództwo przeciw zobowiązanemu (zarządcy spółki, przedsiębiorcy naftowemu) na podstawie rachunku, który sam sporządzi[48]). Zrzeczenie takie należy też upatrywać w podaniu pozwu o dochody spólnicze, względnie o udział brutto, i w przytoczeniu w nim przez wierzyciela podstaw rachunku lub ich wyniku (§ 863 k. c. a. art. 29 k. z.). W tym przypadku bieg przedawnienia rozpocznie się w chwili podania pozwu, co może mieć doniosłość w razie jego cofnięcia. Dopóki jednak zobowiązany, tj. przedsiębiorca, rachunku nie przedłożył lub wierzyciel się go nie zrzekł, dopóty nie może się rozpocząć bieg przedawnienia dla skargi o wydanie minerałów, przypadających na udziały brutto, lub ceny za nie.

Przykładem, do jak nielogicznych konsekwencyj prowadzi zapatrywanie przeciwne, jest wyrok sądowy, o którym wspomnieliśmy na wstępie. Nie bacząc na niepodzielność wykonania i wzajemną zależność obowiązków złożenia rachunku i wydania minerałów, uznał sąd skargę o wydanie minerałów, przypadłych w latach 1924—1930 na udział brutto, za przedawnioną wskutek upływu trzech lat — mimo, że zaskarżona wartość była wynikiem rachunku, przedłożonego bruttowcowi wskutek wyroku z r. 1936, którym przedsiębiorcę zasądzono na złożenie rachunku! Tak więc nie mógłby właściciel gruntu lub dalszy nabywca udziału brutto, w konsekwencji tego stanowiska, dojść ni-

---

[47]) Orzecz. S. N. z 28. VI. 1927. Przegl. Pr. i Adm. za r. 1927, poz. 285, str. 346.

[48]) **Klang: Kommentar, III. str. 484.**

gdy, przy odpowiedniej taktyce przedsiębiorcy, do celu, dla którego rachunek istnieje, tj. do swego udziału w minerałach lub w ich wartości. Wobec uprawnionego z udziału brutto, zmuszonego wskutek braku informacyj skarżyć o złożenie rachunku, miałby oporny przedsiębiorca możność stałego udaremnienia swego obowiązku płatniczego przez przewlekanie procesu o złożenie rachunku i egzekucji wyroku poza okres krótszego przedawnienia, co jest z reguły możliwe.

III.
ŚWIADCZENIA OKRESOWE.

Rozpatrzywszy istotę praw naftowych i świadczeń z kontraktów naftowych, możemy przystąpić do zbadania zagadnienia, czy świadczenia te odpowiadają wymogom § 1480 k. c. a. i art. 282 p. 2 k. z., dla których § 1480 wraz z art. 2277 kod. Nap. i § 197 k. c. n. był wzorem[49]). Ograniczymy się przy tym do samego problemu przedawnienia, nie wciągając w jego zakres istoty ciężarów realnych, nie mającej wpływu na przedawnienie roszczeń z udziałów brutto[50]). Wskutek tego odpadnie też potrzeba omawiania odpowiedzialności rzeczowej i osobistej z tytułu ciężarów realnych tudzież jej ustania, pochodzącego z innego źródła jak przedawnienie.

Ani polski kod. zob. i prawo obligacyjne szwajcarskie, ani też ustawy cywilne państw zaborczych, nie określają pojęcia świadczeń *okresowych,* lub, jak je dawniej nazywano, *powrotnych.* Nauka zaś ogranicza się do wyliczenia wymogów przedawnienia, nie kusząc się o definicję samych świadczeń. Na ogół panuje zgoda[51]), że podlegają one krótszemu przedawnieniu tylko w razie jednoczesnego istnienia następujących cech:

a) jeżeli są świadczeniami pozytywnymi o wartości majątkowej, mającymi za przedmiot pieniądze, naturalia lub usługi;

b) jeżeli powracają w powtarzających się okresach (a więc nie są świadczeniami jednorazowymi);

c) jeżeli każde z nich tworzy samoistny dług, nie zaś częściową zapłatę, powstałą wskutek rozłożenia jednolitego świadczenia (kapitału) na części;

d) jeżeli przyczyną ich powrotu jest, obok stale działającego tytułu, upływ czasu jako taki, nie zaś inne, jakkolwiek regularnie się powtarzające, zdarzenia;

---

[49]) **Uzasadnienie proj. kod. zob. prof. Longchampsa, str. 450.**

[50]) Prof. **Zoll i Gwiazdomorski**, w Czasop. Sędz. V i VI, 1938.

[51]) **Klang**: Kommentar, IV, str. 629 i d.; — **Ehrenzweig**: System, I. 1, str. 293 i d.; — **Wróblewski**: Powsz. austr. kod. cyw., str. 1342; — **Źródłowski**: Die Verjährung, str. 74 i d.

e) jeżeli nie stanowią odpłaty za wzajemne świadczenia trwałe *(fortdauernde)* lub kilkakrotne *(wiederholte)*, co nie odnosi się jednak do czynszów najmu i dzierżawy, które podlegają krótszemu przedawnieniu na podstawie osobnego przepisu ustawy (§ 1486 p. 4 a. k. c. art. 282 p. 1 k. z.).

1.

W udziałach brutto nie możnaby dojrzeć jednoczesnego istnienia powyższych cech, a tym samym wymogów krótszego przedawnienia z § 1480 a. k. c. lub z art. 282 p. 2 k. z. Istota ich, którą omówiliśmy wyżej, nie wykazuje trzech zasadniczych znamion, pośród przytoczonych wyżej.

W pierwszym rzędzie nie mają udziały brutto, jak to wykazaliśmy pod II. 1., charakteru świadczeń, któreby powiększyły majątek wierzyciela z uszczerbkiem majątku dłużnika. Minerały lub ich wartość, stanowiące przedmiot świadczenia, znajdują się już w majątku, chociaż nie w dzierżeniu, właściciela gruntu, przed wydaniem mu ich przez przedsiębiorcę. Właściciel gruntu bowiem zawłaszczył je już przedtym dla siebie za pośrednictwem przedsiębiorcy jako swego zastępcy, a przedsiębiorca, wydając mu je, czyni tylko zadość swemu ustawowemu obowiązkowi, wypływającemu z przyjęcia i wykonania zlecenia, bez sprowadzenia zmiany w obustronnym stanie majątkowym.

Następnie przyczyną wydania właścicielowi gruntu minerałów lub ich wartości jest za każdym razem z osobna, cały szereg zdarzeń i czynności różnych od czasu, a mianowicie: wydobycie minerałów, ich zawłaszczenie oraz wykonywanie, odnośnie każdej wydobytej i zawłaszczonej ilości, przyjętego przez przedsiębiorcę zlecenia, którego spełnienie wpływa częścią na powstanie roszczenia (zawłaszczenie minerałów za właściciela gruntu), częścią na rodzaj uprawnienia (sprzedaż minerałów), częścią też na jego wysokość tylko. Sam kontrakt naftowy tworzy dla tych zdarzeń i czynności jedynie ramy, polegające na ustanowieniu ogólnego zlecenia, na uregulowaniu sposobu jego wykonania i na określeniu normy wydania (miesięcznie wraz z rachunkiem) tego, co z wykonania zlecenia pozostanie w ręku przedsiębiorcy. Nie można więc samemu kontraktowi naftowemu łącznie z upływem czasu przypisać znaczenia działającej trwale przyczyny, czy też działającego stale tytułu, któremuby świadczenia z udziałów brutto zawdzięczały swe powstanie i powrót, tak jak przypisujemy — w typowym dla okresowych świadczeń przypadku renty — powrót poszczególnych świadczeń trwale działającemu kontraktowi jej ustanowienia, jako jedynej, obok upływu czasu, przyczynie.

Nie było też ani w nauce ani w judykaturze rozbieżnych zapatrywań co do zasady, że krótsze przedawnienie niema zastosowania tam, gdzie powrót świadczeń, choćby opartych na stale działającym tytule, zależy nie tylko od upływu czasu, lecz od innych jeszcze zdarzeń. Zasady tej nie osłabia[52]) ani argument, że *„upływ czasu jest też zdarzeniem prawnym"*, skoro już w samym założeniu wyłączony został czas jako zdarzenie takie, ani też krytyka znanego orzeczenia Najw. Trybunału w Wiedniu z 17. I. 1865 Tom V. Nr 2098 Gl. U. N. F. o daninach, które pan lenny wymówił sobie od gminy za każdą warkę piwa. Uzasadnienie tego orzeczenia, uznane powszechnie za trafne, nie zostało dotąd obalone ani przez naukę, ani przez inne orzeczenie. Wysunięty bowiem w krytyce argument, że strony przewidywały powtarzanie zdarzeń, od których zawisły powrotne świadczenia, wobec czego wpływają one tylko *„na wysokość poszczególnych danin, nie zaś na ich należność i regularność"*, omówiliśmy już wyżej pod II. 2. i wykazali jego niesłuszność.

Nie można też dojrzeć błędu logicznego lub prawnego w rozumowaniu wspomnianego orzeczenia, że „odpłata, którą gmina miała uiszczać panu lennemu za poszczególne warki piwa na podstawie recesu z r. 1863, nie podpada pod przepis § 1480 a. k. c. — ponieważ prawo do odpłaty odnośnie każdej poszczególnej kwoty wymagało do swego powstania faktu odbytej warki... Z tego wynika, że odpłata nie stanowi z natury swej rocznej daniny w myśl § 1480 a. k. c., jeżeli nawet miała być według recesu rocznie uiszczaną, gdyż § 1480 k. c. traktuje tylko o takich rocznych świadczeniach, które mają za podstawę jeden i ten sam ciągły tytuł. Reces sam przez się nie daje jednak powodom takiego tytułu, tytuł ten powstaje dopiero przez wykonanie prawa warzenia piwa, przyznanego recesem pozwanej gminie i zależnego od jej woli".

W końcu wywiedliśmy wyżej pod I. 3., że świadczenie właściciela gruntu nie jest bynajmniej świadczeniem jednorazowym, wyczerpanym przez przeniesienie na przedsiębiorcę sztucznego tworu prawnego w postaci własności pola naftowego, lecz ma ono raczej charakter trwałego stosunku obowiązkowego o ciągłej czynności wykonawczej, analogicznie do stosunku najmu.

Z powyższych powodów więc nie możnaby do udziałów brutto zastosować krótszego przedawnienia z § 1480 a. k. c. lub z art. 282 p. 2 k. z.

2.

Dla uzasadnienia krótszego przedawnienia przytacza się często jako argument użyte w § 7 państw. ustawy naftowej

[52]) **Zoll i Gwiazdomorski w Czas. Sędz. za V i VI, 1937, str. 127.**

z 9. I. 1907 oraz w § 13 kraj. ust. naft. z 22. III. 1908 wyrażenie o powtarzających się świadczeniach, podlegających jako ciężar realny wpisowi do księgi naftowej.

Argumentowi temu brak ścisłości.

Nie można wyrażeniami, użytymi w nowelach naftowych, posługiwać się przy wykładni § 1480 a. k. c. Trafnie wywodzi Pisko w komentarzu Kłanga[53]): ...„Do wyjaśnienia myśli wyrażenia ustawowego może posłużyć nie tylko inne miejsce tej samej ustawy, lecz także inna ustawa, w szczególności ustawa, która powstała równocześnie z ustawą interpretowaną albo krótki czas przed nią, albo po niej. Z takich ustaw można wnioskować o słownictwie ogólnym albo używanym w ustawodawstwie za czasu ułożenia interpretowanej ustawy. Żadną jednak miarą nie można wyjść z założenia, że w całym ustawodawstwie to samo wyrażenie oznacza regularnie, albo tylko w razie wątpliwości, to samo pojęcie. Odnosi się to także do takich wyrażeń, które uzyskały w pewnej dziedzinie prawnej pewne techniczno-prawne znaczenie". — Jako przykład przytacza Pisko wyrażenie *„uprowadzona"* z § 56 a. k. c. i wyrażenie *„oszustwo"* z art. 350 ust. handl., których nie można interpretować ustawą karną.

Nie inaczej ma się rzecz w naszym przypadku. Jeżeli nowela naftowa użyła wyrażenia *„powtarzające się świadczenia"*, chciała tym niezawodnie zwrócić tylko uwagę na decydującą o wpisie ciężaru realnego cechę samego powtarzania się świadczeń, w przeciwstawieniu do ich jednorazowego zajścia, nie mogła natomiast mieć na myśli znamion, stanowiących kryterium krótszego przedawnienia, gdyż nie zachodził żaden powód do zajęcia się nimi. — Przepisy § 1480 a. k. c. i § 7 wzgl. § 13 nowel naft. dotyczą odrębnych dziedzin prawnych, a każdy z nich jest w swojej dziedzinie prawem specjalnym. Pierwszy ustanawia wyjątki od ogólnej zasady o czasie przedawnienia, dwa następne dotyczą uregulowania stosunków obrotu naftowego, bez wdawania się w leżącą poza ich zakresem sprawę przedawnienia. Nie można więc identyfikować milczącego założenia § 1480 z dziedziny materialnego prawa prywatnego o powrotnych czy też powtarzających się świadczeniach, z wyraźnym założeniem nowel naftowych o tych świadczeniach z dziedziny formalnego prawa publicznego o urządzeniu ksiąg publicznych w przedmiocie ciężarów realnych. Dwóch pojęć

---

[53]) **Klang: Kommentar, I, str. 113.**

tego rodzaju o odmiennym zakresie i niewspółmiernej wartości nie można za siebie wzajemnie podstawiać.

Nie tylko zresztą ustawodawstwo austriackie nadało pojęciu powrotnych świadczeń inną treść jako przedmiotowi ciężarów realnych, a inną jako przedmiotowi przedawnienia, ale uczyniło to także w sposób wyraźniejszy jeszcze ustawodawstwo niemieckie.

Kod. cyw. niem. mówi w § 197 o czteroletnim przedawnieniu roszczeń „z rent, użytkowania, płac, pensyj, emerytur, alimentacyj i wszystkich innych regularnie powracających świadczeń *(allen anderen, regelmässig wiederkehrenden Leistungen)*". Natomiast przedmiotem ciężarów realnych czyni ta sama ustawa w § 1105 „powracające świadczenia *(wiederkehrende Leistungen)*", z opuszczeniem znamienia regularności. Nie jest to bynajmniej błędem redakcyjnym, lecz świadomym zastosowaniem tego samego wyrażenia do dwóch odrębnych stanów faktycznych (przedawnienie, ciężar realny) dzięki temu tylko, że jedna wspólna cecha (powrót świadczeń) mieści się w obydwu. Do zastosowania przedawnienia jednak potrzebną jest, w prawie niemieckim podobnie jak w naszym, prócz wspólnego znamienia powrotu świadczeń, także cecha ich regularnego powtarzania się[54]), czemu ustawa dała wyraz przez umieszczenie w przepisie o przedawnieniu wyrażenia *„regelmässig"*.

Trudno przypuścić, aby przepisy o ciężarach realnych niemieckiego kod. cyw., wydanego w r. 1896, nie były znane przy układaniu przepisów noweli naftowej z r. 1907 lub nie były może nawet wzorem dla nich, jak to często w dawnej Austrii bywało (np. spółki z ogr. odp., późniejsza nowela do kod. cyw. itp.).

Słusznie też przytacza prof. Allerhand w swej opinii (wyżej uw. 3), iż „ze słowa użytego w pewnej ustawie mimochodem niepodobna wnosić, że do prawa lub obowiązku w niej unormowanego, odnoszą się te przepisy, które odnoszą się do innych praw, tym samym słowem określonych, w ustawie innej. Tym bardziej zaś nie można tego przyjąć, jeżeli wyrażenie jest tylko zbliżone do innego, ale nie identyczne".

3.

Ocenienie słuszności argumentów o celu ustawy *(ratio legis)* i o interesie przemysłu naftowego, przytaczanych dla usprawiedliwienia krótszego przedawnienia[55]), wymaga poznania dotyczących stosunków faktycznych.

Udziały brutto, ustanowione kontraktem naftowym na

---

[54]) **Planck:** Bürg. Gesetzbuch, III, str. 497.

[55]) **Zoll i Gwiazdomorski:** „Przedawnienie bruttów naftowych", loco cit.

rzecz właściciela gruntu, przechodzą drogą przelewów na cały szereg osób, tzw. *bruttowców,* w ułamkach, dochodzących do 1/32%. Tak więc każda kopalnia ma dużą ilość bruttowców, która osiąga, zwłaszcza w zagłębiu borysławskim, cyfrę kilkuset nawet. Do niedawna jeszcze były udziały brutto przedmiotem bardzo wybujałego handlu w kraju i znacznego eksportu za granicę — tak, że przeważająca ich część znajduje się w ręku osób, nie mających żadnej łączności z przemysłem naftowym, a często nawet z krajem.

Większe firmy, w których ręku znajduje się osiemdziesiąt kilka procent całej polskiej produkcji naftowej, przedkładają regularnie bruttowcom rachunki i wydają, względnie wypłacają, ich saldo. Z pozostałych właścicieli kopalń, w których ręku skupia się zaledwie kilkanaście procent produkcji, uchyla się pewna, niewielka, część od wypłacania udziałów brutto i ani nie stawia zakupionej przymusowo ropy do dyspozycji Polminu, popełniając tym według art. 6 cyt. ustawy z 1. maja 1923 czyn karygodny, ani nie przedkłada bruttowcom miesięcznych rachunków. Bruttowcy zaś, rozprószeni po całym świecie, nie mają, w braku rachunków, możności zasiągnięcia jakichkolwiek wiadomości, nie tylko o wysokości produkcji i o innych podstawach rachunkowych, ale nawet o tym, czy dana kopalnia w ogóle jakąś produkcję wydała. Niema też naturalnie mowy o tym, by bruttowcy ci mogli korzystać z prawa kontroli, przyznanego właścicielowi gruntu w kontrakcie naftowym. Mimo, że są następcami właściciela gruntu, nie mogą wykonywać kontroli ani wspólnie, wskutek braku łączności między sobą, ani też osobno, z powodu braku prawa, a często nawet fizycznej możności ku temu.

Inne przypadki nieprzedkładania rachunków zdarzają się chyba w razie nieuznania praw bruttowca. Natomiast przypadki niewypłacania produkcji, mimo przedłożenia rachunków, należą do wyjątków.

Z drugiej strony nie można było po wojnie odszukać niektórych bruttowców, z których jedni zaginęli, inni zmienili siedzibę — tak, że wskutek niemożności przesyłania im rachunków i wypłaty należności, nagromadziły się w ręku właścicieli kopalń znaczniejsze kwoty. Ze względu jednak na to, że idzie tu przeważnie o zaległości bruttowe z dawnych kontraktów, wygasających stopniowo przez upływ dwudziestopięciolecia, kwoty te nie wzrastają już pokaźnie.

Jeżeli się więc przytacza jako *ratio legis,* dla usprawiedliwienia krótszego przedawnienia, cytat z komentarza Zeillera do § 1480 a. k. c. o dłużnikach, którzy przez lekkomyślność dopuszczają do nagromadzenia zaległości, mogących ich narazić na utratę majątku, i o wierzycielach, których pozorna bierność i ustępliwość jest często tylko manewrem lichwiarskim,

to podsuwa się pod wspomniany cel ustawy stan faktyczny, który nie ma z nim nic wspólnego. Dłużnicy bowiem, to jest przedsiębiorcy, nie przedkładają bruttowcom rachunków i nie odprowadzają udziału w produkcji, nie z lekkomyślności lub niedbalstwa, lecz z powodu umyślnego zachowania, które ustawa z 1. maja 1923 piętnuje jako czyn karygodny. Nie może być zaś celem jakiegokolwiek przepisu ustawowego popieranie podobnych czynów przez użyczanie sprawcom możności zatrzymania, już po upływie okresu przedawnienia trzech czy nawet pięciu lat, korzyści osiągniętych z karygodnej działalności. Nie może też wymagać żaden interes przemysłu naftowego, aby dawać premie za łamanie ustawy i poniżać w ten sposób jego godność i znaczenie. Nawet projekty ustaw naftowych, zmniejszające obciążenie bruttowe, zakazują ustanawianie nowych bruttów na przyszłość ponad pewną miarę, nie redukują zaś bruttów istniejących, uważając widocznie podobne wywłaszczenie za bezprawie. Tym mniej więc można wynik ten sprowadzać drogą podciągania pod *ratio* § 1480 a. k. c. stosunków prawnych, które z celem tego przepisu nie mają nic wspólnego.

Błędem jest też stawianie tezy, że *prawo zmienia się ze zmianą w poglądach ekonomicznych, czy społecznych.* Zasada taka mogłaby być trafną, gdyby się za zmianę „*prawa*“ uważało zmianę ustawy — jest jednak fałszywą, jeżeli idzie o poddanie ustawie przypadków, do których się ani jej słowa, ani jej myśl, ani też *ratio legis* z czasu jej wydania, nie odnoszą. Z jakiegokolwiek teoretycznego punktu widzenia wyjdziemy, w szczególności, czy będzie nim teoria *historyczna* czyli *subiektywna,* badająca rzeczywistą wolę ustawodawcy, czy też teoria *obiektywna,* głosząca, że ustawa „odrywa się“ przez ogłoszenie od woli ustawodawcy i jego subiektywnych zamiarów, że zatem miarodajną jest nie jego wola, lecz *obiektywny sens* jego słów i zdań — jakąkolwiek też zasadę interpretacyjną przyjmiemy, w szczególności, czy będzie nią *analogia z prawa lub z ustawy,* czy też tam, gdzie ona nie wystarcza, *zasada swobodnego szukania prawa (freie Rechtsfindung),* okaże się zawsze granicą sama ustawa. Nie ma bowiem ducha ustawy, różnego od jej treści i nie ma zasad pozytywnego prawa, którychby nie można wysnuć z pewnych przepisów. Nawet przypadki, dla których nie istnieją analogiczne normy, należy rozstrzygać według reguł, które ustawodawca byłby ustanowił, a więc według domniemanej jego woli, nie zaś według reguł, stworzonych przez sędziego. Jeżeli nauka nadaje takie znaczenie nawet art. 1 kod. cyw. szwajcarskiego („kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Rich-

ter ...nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde"), to jest ono tym bardziej uzasadnione dla austr. kod. cyw., którego przepisy nterpretacyjne, uchodzące dziś jeszcze za nowoczesne, nie zwalniają od szukania myśli ustawy i dociekania woli ustawodawcy w jej wyrazie metodami, wyrażonymi w §§ 5 do 9[56]).

Można więc, wychodząc z motywów § 1480 a. k. c., subsumować odpowiednią metodą interpretacyjną pod przepis ten, względnie pod wzorowany na nim przepis art. 282 p. 2 k. z., nierozstrzygnięte nimi przypadki. Żadna natomiast, choćby najśmielsza teoria, nie zna przeistoczenia przepisu prawnego drogą podwójnej operacji, polegającej z jednej strony na zastąpieniu *rationis legis* z czasów wydania lub znowelizowania § 1480 nowymi pobudkami, dostosowanymi do zmienionych zasadniczo stosunków dzisiejszej chwili, w porównaniu z r. 1811 lub choćby z r. 1917, a z drugiej strony na abstrahowaniu od głównych znamion, które zgodna dotąd nauka i judykatura widziały w pojęciach tego przepisu, i na nadaniu w ten sposób przepisowi samemu innej zupełnie treści.

O ile idzie o udziały, których zaginionym bruttowcom nie można wypłacić, brak motywu ogólniejszego znaczenia, by czy to drogą interpretacyjną, czy nawet prawodawczą, nadać przepisowi, który był dotąd stosowany w zgodny i niewątpliwy sposób, zupełnie odmienną treść. Zbyt ciasną byłaby *ratio legis*, dotycząca pewnego nielicznego odłamu uprawnionych, że zachodzą niedomagania, wygasające zresztą stopniowo, w postaci utrzymywania w ewidencji sald bruttowych w wyjątkowych wypadkach przez czas dłuższy niż lat pięć, lub że zachodzą pozorne uszczuplenia bilansów firm naftowych w postaci niemożności wcielenia w ich aktywa nagromadzonych sald już obecnie, zamiast wyczekiwania upływu dwudziestoletniego przedawnienia.

Podobnych celów, czy to w postaci ułatwiania osobom, naruszającym świadomie prawo, by zatrzymali korzyści swego bezprawnego działania, czy też w postaci usunięcia pewnych błahych niedomagań, ze szkodą ogółu uprawnionych, nie można upatrywać ani w słowach ustawy, ani też w woli ustawodawcy.

---

[56]) **Klang**: Kommentar, I, str. 103 do 149; — **Ehrenzweig**: System, I, 1, str. 63—76.

Adw. Dr JÓZEF MIESER
Lwów.

Do zagadnienia dopuszczalności dowodu ze świadków przeciw osnowie dokumentu za zgodą stron.

W orzeczeniu Zb. urz. Nr 337 z r. 1937, in fine, wypowiedział S. N. zapatrywanie, że protokuł z czynności egzekucyjnej, sporządzony przez komornika, zawiera oświadczenia stron, uczestniczących w tej czynności, a przeto dowód przeciw jego osnowie, a w szczególności w tym kierunku, że powód (dłużnik) czynił rzekomo przy wykonaniu egzekucji pewne, w protokole nie stwierdzone zastrzeżenia, nie jest dopuszczalny, bez względu na to, czy strony na dopuszczenie przeciwdowodu się zgadzają.

S. N. wyraża tym samym zdanie, iż w myśl art. 265 Kpc., nie jest dopuszczalny dowód ze świadków i z przesłuchania stron *przeciw dokumentowi* nawet wówczas, gdy obie strony zgadzają się na dopuszczenie przeciwdowodu. — Postaramy się poddać powyższą enuncjację S. N. krytyce i wykazać, że przytoczone zapatrywanie — sprzeczne zresztą z dotychczasowym orzecznictwem[1]) — nie znajduje uzasadnienia w ustawie.

Zwolennicy zapatrywania o niedopuszczalności dowodu ze świadków — a tym samym i z przesłuchania stron w myśl art. 323 Kpc. — nawet za zgodą stron, opierają się na tym, że art. 265 Kpc., jako zamieszczony w Kpc., jest normą prawa procesowego, a więc prawa publicznego, za czym strony nie mogą nim dysponować, o ile ustawa wyjątkowo wyraźnie na to nie zezwala. A w Kpc. brak właśnie takiego zezwolenia. Powyższe zapatrywanie jest jednak o tyle niesłuszne, że sam fakt zamieszczenia jakiegoś przepisu w kodyfikacji procesowej, nie świadczy jeszcze o tym, by dany przepis nie mógł być normą prawa materialnego, ulegającą dyspozycji stron.

Nie trzeba chyba wykazywać, że Kpc. istotnie zawiera takie normy prawa materialnego[2]), jak też naodwrót w Kz.

---

[1]) O. S. N. z 22. X. 1936, Nr C. II. 1313/36 oraz cyt. w Polskim Proc. Cyw. 1935, str. 88.

[2]) Art. 204 § 2 Kpc., art. VI. przep. wprow. Kpc., art. 721 i 722 Kpc.

mieszczą się tu i ówdzie przepisy procesowe. A przede wszystkim historia genezy art. 265 kpc. wykazuje, że jest to przepis materialno-prawny. Norma przepisem tym objęta, stanowi część składową ogólnego systemu norm o dowodzie na piśmie, *„lettres passent témoins"*, przyjętego w szerokim zakresie przez Kz. i Kh., a źródłem, z którego zaczerpnięto powyższy przepis, jest Kod. Nap. (art. 1341), a więc *„oficjalnie"* kodyfikacja prawa materialnego.

Jak wiadomo, Komisja Kodyf. przy redakcji Kpc. nie mogła zdecydować się na unifikację materialnego prawa dowodowego, ze względu na jego różnorodność w ustawach obowiązujących w Polsce, i dlatego słusznie postanowiła pozostawić dotychczasowy stan rzeczy co do tego prawa dowodowego, aż do unifikacji prawa cywilnego, wychodząc też zapewne z założenia, że materialne prawo dowodowe, jako część prawa materialnego, powinno być unormowane w kodyfikacji materialnej, a więc w Kz. Tymczasem nastąpiła rzecz nieprzewidziana, albowiem, gdy projekt Komisji Kodyf. przedłożony został Ministerstwu Sprawiedliwości, postanowiono tu rozpocząć przynajmniej częściowo unifikację prawa dowodowego i nie wyczekiwać na kodyfikację prawa cywilnego, a w następstwie tego wprowadzono do Kpc. art. 265, jako jednolitą normę dla całego państwa.

Oczywista, że przez to norma ta nie straciła bynajmniej swego charakteru materialno-prawnego[3]). Nie ulega wątpliwości, że gdyby art. 265 nie został zamieszczony w Kpc., wówczas kodyfikatorowie Kz., zdecydowawszy się na znaczne ograniczenie systemu bezwzględnej dopuszczalności dowodu ze świadków, obowiązującego na ziemiach zachodnich i południowych, byliby zamieścili regułę art. 265 Kpc. w Kod. zob. jako istotną część składową instytucji dowodu na piśmie. Wówczas też nie byłaby, zdaje się, powstała dyskusja co do charakteru powyższego przepisu, a tym samym nie mogłaby też powstać wątpliwość, czy za zgodą stron dopuszczalny jest dowód ze świadków przeciw dokumentowi.

Art. 265 Kpc. jest tylko formalnie normą procesową, bo normuje kwestię dowodu także z punktu widzenia prawa procesowego, jednakże *sub specie* jego treści i doniosłości dla praw podmiotowych, ma przepis ten charakter materialno-prawny. Jeśli bowiem przepis jakiś odbiera stronie możność prowadzenia pewnego dowodu na fakty sporne, i to w zasadzie *a priori*, a więc bez względu na przyczyny czysto procesowe (spóźnienie zaofiarowania, zaoczność, pieniactwo, itd.), to tym samym pozbawia on stronę odnośnego prawa pod-

[3]) **Litauer:** Początek dowodu na piśmie, Polski Proc. Cyw., 1934, Nr 1, str. 10. — Odpowiedź, Nr 6, Polski Proc. Cyw., 1935, str. 87.

miotowego, wypływającego z odnośnych faktów (roszczenia lub zarzutu przeciw roszczeniu), a to w myśl znanej paremii „*idem est non esse aut non probari*“[4]).

To też bardzo trafnie ujął myśl tę S. N. w Orz. Nr 100 z r. 1938, str. 263, wyjaśniając, że „umowa (przedwstępna), nie stwierdzona pismem, jest mimo to ważna, ale skuteczność jej jest bardzo problematyczna, bo zależna od lojalnego przyznania przez stronę przeciwną w procesie, iż umowa taka została istotnie zawarta, gdyż nawet powoływanie się na przyznanie pozasądowe ustne, tej strony przeciwnej, byłoby bezskuteczne w myśl art. XIX § 1 przep. wprow. Kpc.“. — Wiadomo też, że powoływanie się na takie przyznanie jest bezskuteczne, gdy chodzi o ustalenie faktów, co do których dowód ze świadków nie jest dopuszczalny.

Jeśli więc art. 265 jest normą materialno-prawną, to nie można wykryć żadnej racjonalnej przyczyny, dla której nie należałoby uważać go za przepis *juris dispositivi*, którym strony mogą dysponować według swego uznania (art. 55 Kz.), i którego stosowania, w pierwszym rzędzie, mogą się zrzec. Nie znajdujemy nigdzie ani w Kpc. ani w Kz. jakiegokolwiek śladu, wskazującego, iż norma powyższa miałaby moc bezwzględnie obowiązującą. Co więcej, gdybyśmy nawet ujmowali normę tę wyłącznie z punktu widzenia prawa procesowego, to i w tym razie pamiętać musimy o tym, że to ostatnie jest gałęzią prawa publicznego, odróżniającą się od innych jego gałęzi tym, że służy interesom prywatnym[5]). Materia dowodu służy specjalnie interesom prywatnym stron, gdyż za pomocą dowodu wykazują strony słuszność swych pretensji i zarzutów w procesie.

Niezależnie od powyższego, użycza poparcia naszemu stanowisku art. 111 Kz., który pomyślany jest jako uzupełnienie reguły art. 265[6]). — W myśl art. 111 Kz., w związku z art. 110 Kz., wolno prowadzić dowód ze świadków za zgodą obu stron (procesowych) na okoliczność, że pi-

---

[4]) **Longchamps**, Zobowiązania, str. 110: „Wskutek tego strona będzie najczęściej oddalona ze swoim roszczeniem“, w odniesieniu do braku pisma w przypadkach, w których obowiązuje wymóg pisma dla celów dowodowych. Ta sama myśl odnosi się też do art. 265, ograniczającego możność prowadzenia dowodu. — Tenże autor, l. c., str. 108: Polski Kpc., uważa, że prawo formalne ma tylko postawić sędziemu do dyspozycji wszelkie możliwe środki dowodowe, zaś **prawo materialne** może ograniczyć możność posługiwania się pewnymi środkami, np. dowodem ze świadków.

[5]) **Waśkowski:** Wykładnia ustaw procesowych, Polski Proc. Cyw., 1936, Nr 16—17.

[6]) **Litauer:** l. c., str. 9. — **Tenże** w Polskim Proc. Cyw. 1936, str. 9. — **Uzasadnienie** Projektu Kz., str. 161. — **Longchamps:** l. c., str. 110. — **Domański:** Instytucje kod. zob., Część ogólna, str. 516. — **Goldman:** Polski Proc. Cyw., 1938, Nr 3—4, str. 97, in fine.

semna umowa została następnie zmieniona lub uzupełniona. Art. 111 Kz. odnosi się do oświadczeń, które złożono po sporządzeniu pisemnej umowy, przy czym należy zwrócić uwagę na to, że zmiana umowy mieści w sobie nowe oświadczenia, które skierowane są *przeciw osnowie* pierwotnej umowy, uzupełnienie zaś umowy oznacza złożenie nowych oświadczeń, które wychodzą *ponad osnowę* pierwotnej umowy.

Reguła prawna, że powyższa zmiana i uzupełnienie mogą być wykazane dowodem ze świadków, o ile strony na to się godzą, jest zupełnie pewna, jako wynikająca z ogólnej zasady art. 110 Kz. Zanim jednak wysnujemy wniosek z powyższej reguły prawnej w odniesieniu do art. 265 Kpc., należy — celem uniknięcia nieporozumienia — zwrócić uwagę na pewną różnicę, jaka zachodzi między obu przepisami.

Art. 265 Kpc. nie zezwala na prowadzenie dowodu ze świadków pomiędzy uczestnikami czynności prawnej, więc pomiędzy kontrahentami odnośnego aktu prawnego, tj. umowy, natomiast art. 110 Kz., w związku z art. 111 Kz., zabrania dowodu ze świadków pomiędzy stronami procesowymi (bez zgody obu stron). Powyższa różnica nie jest jednak istotna dla naszego zagadnienia, albowiem ustawodawca chciał w art. 265, przez użycie słów *„pomiędzy uczestnikami"*, zaznaczyć tylko, że norma dowodowa, zawarta w tym przepisie, nie odnosi się w ogóle do osób trzecich, które w akcie nie brały udziału, a więc które nie są uczestnikami umowy. Przez to udziela ten przepis osobom trzecim nieograniczone prawo prowadzenia dowodu ze świadków, bez względu na to, czy stronami w procesie są te osoby, które bezpośrednio zawarły ze sobą umowę stwierdzoną dokumentem, czy też prawonabywcy tych pierwotnych uczestników.

W powyższej kwestii nie zachodzi jednak istotna różnica między art. 265 Kpc., a art. 110 i 111 Kz. Jest bowiem jasne, że jeśli w procesie o stosunki prawne, wynikające z umowy, nie występują jako strony pierwotni uczestnicy umowy, to stronami takimi mogą być tylko ich następcy prawni, po stronie czynnej *(przelew)*, lub biernej *(przejęcie długu)*. Z art. 110 i 111 Kz. możnaby więc wysnuć wniosek, że art. 265 Kpc. powinien odnosić się również i do następców prawnych pierwotnych uczestników[7]). Tak samo też nie stanowi różnicy wyrażenie *„umowa"* w art. 111 Kz. w stosunku do zwrotu *„uczestnicy czynności"* w art. 265 Kpc., albowiem czynność prawna, zawarta pomiedzy uczestnikami, nie jest niczym innym jak umową (art. 50 Kz.).

---

[7]) Zob. orz. S. N., nr 174, Zb. urz. z r. 1938.

Jeśli więc powyższe różnice nie są istotne dla naszego zagadnienia, to pozostaje między obu przepisami tylko różnica czasowa, a mianowicie co do czasu, w którym następuje uzupełnienie lub zmiana umowy pisemnej. I tak zakazuje art. 265 Kpc. dowodu *przeciw osnowie dokumentu,* czyli więc na twierdzenie, że treść ustnego oświadczenia była inna, niż ta, którą odtwarza dokument, a wzgl., że treść pisma zmieniona została przez ustne oświadczenie przy zawarciu umowy. Ponadto zakazuje przepis ten prowadzenia dowodu *ponad osnowę dokumentu,* czyli więc na okoliczność, że przy spisaniu umowy umówiono ustnie jeszcze jakiś szczegół dodatkowy, a wzgl. uzupełniono jej treść. Natomiast art. 111 i 110 Kz. nie zezwalają na przeciwdowód odnośnie takich zmian i uzupełnień pierwotnej pisemnej umowy, które nastąpiły po jej sporządzeniu. Jeśliby więc można przyjąć, że art. 265 Kpc. zabrania przeciwdowodu nawet za zgodą obu stron umowy, wzgl. ich następców jako stron procesowych, wówczas musielibyśmy znaleźć między tym przepisem a art. 111 Kz. pewną sprzeczność, wykazującą niekonsekwencję ustawy. Nie można by bowiem rozumieć, dlaczego art. 265 Kpc. nie miałby dozwalać prowadzenia dowodu ze świadków, za zgodą obu stron, na to, że treść pisemnej umowy jest w pewnych punktach inna, niż ustna umowa, lub, że pisemną umowę uzupełniono ustnie przy jej zawarciu, podczas gdy równocześnie art. 110 i 111 Kz. wyraźnie zezwalają, za zgodą obu stron, na dowód ze świadków, że taka zmiana i uzupełnienie nastąpiły po zawarciu umowy pisemnej.

Wszak ostatecznie obu przepisom przyświeca ta sama myśl! Jakkolwiek prawdą jest, że istnieje domniemanie, iż pisemna umowa jest niejako *„ostatnim wyrazem woli stron“*[8]), to znaczy, że strony oświadczyły na piśmie to, co oświadczyć chciały, a nie coś innego — oraz, że przy ułożeniu pisma niczego nie pominęły, to jednak — biorąc rzecz z punktu widzenia codziennego życia — zdarza się przecież bardzo często, że strony przy układaniu pisma umownego mylą się co do treści swych oświadczeń, lub coś ważnego opuszczają, przez czyste przeoczenie lub niedbalstwo. Prawdopodobieństwo więc takich wadliwości przy spisaniu umowy jest duże, a może nawet większe od tego, że strony po spisaniu umowy ponownie się schodzą, by umowę uzupełnić lub zmienić.

Ale pozostając nawet tylko przy tym, że obie grupy zdarzeń, tj. omyłka lub opuszczenie czegoś przy spisaniu umowy z jednej, oraz późniejsza zmiana lub uzupełnienie z drugiej

---

[8]) O. S. N., Zb. urz. Nr 42 z r. 1938 i Nr 85 z r. 1938.

strony, są jednakowo prawdopodobne, nie możnaby rozumieć, dlaczego w tym drugim przypadku (zmiana i uzupełnienie po spisaniu umowy), dowód ze świadków miałby być za zgodą stron dopuszczalny, podczas gdy w pierwszym przypadku dowód ten miałby być wyłączony. Taka koncepcja kolidowałaby z zasadą, że przy wykładni ustaw procesowych odgrywa rolę element systematyczny, czyli związek logiczny ustaw procesowych z całym systemem prawa procesowego, a również z prawem cywilnym, którego realizacja jest właśnie celem procesu[9]). Ustawodawstwo danego czasu i obszaru należy bowiem traktować jako całość, i przy wykładni należy przepisy ustaw w ten sposób uzgadniać, aby tworzyły harmonijną i logiczną całość[10]). Powyższa myśl znajduje też zastosowanie w poszczególnych dziedzinach ustawodawstwa, np. gdy chodzi o przepisy całego prawa materialnego, a więc też odnośnie aktualnej tu kwestii stosunku art. 265 do Kz. Ponieważ przyjmujemy, że przepis powyższy jest właśnie przepisem prawa materialnego — tak, iż systematycznie powinien znaleźć swe miejsce w Kod. zob., przeto zrozumiałe jest, że wypowiedziana w nim reguła powinna też znaleźć się w harmonizującym stosunku do przepisów Kz., które się odnoszą do kwestii dowodu na piśmie.

Opierając się na powyższych zapatrywaniach nauki, możemy wykazać i dalszą sprzeczność między powyższym przepisem a przepisami Kz., i niekonsekwencję myśli ustawodawczej, w razie, gdyby można przyjąć, że art. 265 Kpc. wchodzi w zastosowanie bez względu na zgodę stron. Art. 110 Kz. wyjaśnia miarodajnie pojęcie dowodu na piśmie dla całego prawa materialnego. Mianowicie, jeśli ustawa wymaga, aby zachowana była forma piśmienna — tzn., by pewna czynność prawna była stwierdzona dokumentem, to ma to tylko to znaczenie, że odnośna czynność, w razie sporu, nie może być udowodniona świadkami bez zgody obu stron. Jeśli więc np. Kz. stanowi, że umowa przedwstępna, umowa pożyczki powyżej 250 zł, najem na dłuższy czas niż rok, itd., powinny być pismem stwierdzone, to oznacza to, że treść powyższych czynności prawnych może być udowodniona świadkami, ale tylko, o ile obie strony na dowód taki się zgodzą. Widzimy więc, że wedle art. 110 Kz. może być za zgodą obu stron nawet całkowita

---

[9]) **Waśkowski**, l. c.

[10]) **Gołąb**: Technika kodyfikacyjna, **Głos Prawa**, 1933, Nr 3, str. 123: „Zasada zgodności albo harmonii ustawy (i ustawodawstwa), wyklucza sprzeczności między przepisami pewnej ustawy i między nią a całym systemem prawnym. Jest to **postulat logiczności ustawy**". — Autor zalicza powyższą zasadę do reguł, wedle których ustawa powinna być zredagowana, jednakże nie ulega wątpliwości, że ta sama zasada obowiązuje **też przy wykładni ustaw**. (Por. Klang, Koment. I, str. 112.).

czynność prawna (umowa przedwstępna, najem, pożyczka itd.) udowodniona świadkami, a mianowicie czynność prawną, dla której Kz. wymaga z reguły stwierdzenia jej dowodem na piśmie. Natomiast wedle zapatrywania tu zwalczanego, miałby art. 265 Kpc. zabraniać, w tych samych warunkach, udowodnienia świadkami za zgodą obu stron, pewnych mniej lub więcej drobnych składników umowy, tj. jakichś oświadczeń, sprzecznych z umową lub wychodzących ponad jej treść!... Taka koncepcja nie wydaje się logiczna, gdyż nie można przyjąć, aby — w zakresie tego samego ustawodawstwa — wolno było całkowitą treść, a więc całość umowy, udowodnić świadkami za zgodą stron, a równocześnie nie wolno było tego uczynić odnośnie tylko pewnych jej składników. Zdaje się, że *argumentum a maiori ad minus* sprzeciwia się tej konstrukcji.

I jeszcze jedno: Kod. zob. i Kod. handl. wprowadzają *dowód na piśmie,* więc obowiązek stwierdzenia w formie pisemnej szeregu czynności prawnych (umowa przedwstępna, poręczenie, najem powyżej roku, umowa o pracę w pewnych warunkach, pożyczka powyżej 250 zł, zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa, itd.)[11]). Wszystkie powyższe, przez Kz. i Kh. przewidziane, przypadki dowodu na piśmie, podlegają ogólnej normie przepisu art. 110 Kz., tzn., iż za zgodą obu stron można odnośne czynności udowodnić świadkami. Jeśli otóż odnośna konkretna czynność została przez uczestników stwierdzona na piśmie, jednak następnie strony chcą w procesie prowadzić dowód *przeciw osnowie* lub *ponad osnowę* takiego pisma, to nie może ulegać wątpliwości, że — w razie zgody stron — dowód taki ze świadków będzie dopuszczalny. Skoro bowiem za zgodą obu stron może być nawet cała treść odnośnych czynności udowodniona świadkami, to przecież tym bardziej może to nastąpić, za zgodą stron, odnośnie pewnych części składowych tej czynności prawnej, dla której Kz. lub Kh. wymaga formy pisemnej. Sądzę, że nawet zwolennicy przeciwnego zapatrywania nie będą mogli znaleźć tu argumentu przeciwnego, tj. przynajmniej w odniesieniu do tych typów czynności prawnych, dla których Kz. i Kh. wymagają dowodu na piśmie. Jeśli zaś stan prawny w ten sposób się układa, to sądzę, że w konsekwencji ta sama zasada winna mieć zastosowanie i w tych przypadkach, gdzie chodzi o czynność prawną, dla której ustawa sama przez się nie wymaga formy pisemnej, ale dla której strony same, z swej własnej inicjatywy i woli, formę pisemną obrały. I do czegoż prowadziłoby stanowisko przeciwne? — Do tej chyba konkluzji, że w tych

[11]) Wyczerpujące wyliczenie u **Domańskiego,** l. c., str. 510.

przypadkach, w których Kz. i Kh. wymagają formy pisemnej, strony mogą za obopólną zgodą prowadzić dowód ze świadków przeciw osnowie lub ponad osnowę umowy, a natomiast nie wolno im tego czynić, gdy chodzi o formę pisemną nie nakazaną, odnośnie danej czynności przez ustawę, lecz obraną dobrowolnie przez strony!... Taki wniosek nie dałby się utrzymać, ze względu na to, że nakazy ustawy rozporządzają silniejszym piętnem, niż dyspozycja stron, zaczym ominięcie nakazu ustawy powinno być trudniejsze, niż obalenie dyspozycji stron, nie zaś odwrotnie.

A w końcu jeszcze jeden argument. Już wyżej powiedziano, że Kz. i Kh. zawierają szereg postanowień, wymagających stwierdzenia na piśmie pewnych czynności prawnych. Powyższe przepisy Kz. i Kh. o formie piśmiennej wzgl. o dowodzie na piśmie, podzielić można na ogólne i szczególne. Szczególnymi nazywamy te przepisy, wedle których ustawa żąda stwierdzenia pismem dla pewnego typu czynności prawnej, jak np. umowa przedwstępna, umowa najmu lub dzierżawy powyżej jednego roku, poręczenie, zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa itd. Do ogólnych zaliczamy te przepisy, w których ustawa żąda stwierdzenia pismem dla pewnych czynności pochodnych, odnoszących się do innej, już przedtem dokonanej, czynności prawnej, jak np. uzupełnienie, zmiana, rozwiązanie, odstąpienie, w odniesieniu do umowy na piśmie, przelew, stwierdzenie spełnienia w pewnych przypadkach, itd. Dla wszystkich powyższych przypadków dowodu na piśmie, stanowi art. 110 Kz. ogólną regułę, że — za zgodą obu stron — mogą być wszystkie powyższe czynności prawne udowodnione świadkami.

To samo stanowi zresztą art. 283 Kpc., który zawiera miarodajne określenie pojęcia dowodu na piśmie dla prawa procesowego. W przepisie tym znajdujemy również jasno wyrażoną myśl, iż w razie, gdy prawo wymaga dowodu na piśmie, to oznacza to, że nie jest dopuszczalny dowód ze świadków na stwierdzenie odnośnych czynności (o ile nie zachodzą wyjątki w powyższym przepisie wymienione). Sądzimy otóż, że art. 265 Kpc. zawiera — pośrednio — również odrębną regułę dowodu na piśmie, uzupełniającą grupę wskazanych wyżej reguł ogólnych. Jest mianowicie ogólnie przyjętą opinią, opartą na art. 265 Kpc., że przepis ten nie zezwala na prowadzenie przeciw dokumentowi tylko i jedynie dowodu ze świadków (i oczywiście z przesłuchania stron w myśl art. 323 Kpc.). Wobec tego dowód przeciw dokumentowi może być w myśl art. 265 przeprowadzony za pomocą innych środków dowodowych, niż przez świadków, a mianowicie za pomocą oględzin, biegłych, a prze-

de wszystkim przez odrębne pismo[12]), tzn. spisane obok dokumentu głównego, jeśli oczywiście pismo to zawiera właśnie te składniki umowy, których treść skierowana jest *przeciw* osnowie dokumentu głównego lub *ponad* jego osnowę.

Jeśli więc np. dokument główny wskazuje, że umówiony czynsz wynosi 100 zł, wówczas najemca nie będzie wprawdzie mógł dowodzić świadkami, że *przeciw osnowie dokumentu* czynsz wynosi tylko 80 zł, ale będzie mógł taki dowód przeprowadzić, jeśli będzie miał odrębne pismo, pochodzące z czasu zawarcia umowy głównej, a stwierdzające ten niższy czynsz. Tak samo też będzie mógł najemca dowodzić pismem odrębnym, że np. prócz przedmiotu najmu, opisanego w głównym dokumencie, zastrzegł sobie jeszcze prawo używania jakichś innych przedmiotów, np. ogrodu, podwórza, szopy itd., jeśli pismo to będzie miało odpowiednią treść, a zatem stwierdzającą, w powyższym przykładzie, najem dodatkowych przedmiotów. Oczywista przytem, że pismo takie winno być zaopatrzone podpisem obu stron, a przynajmniej przeciwnika (art. 264 Kpc.)[13]).

Wobec tego możemy powiedzieć, że art. 265 kpc. zezwala na udowodnienie okoliczności przeciw osnowie lub ponad osnowę dokumentu, jednakże pod warunkiem, jeśli okoliczności te są stwierdzone na piśmie. Innymi słowy, możemy przyjąć konstrukcję, że w art. 265 kpc. mieści się pośrednio odrębna, ogólna reguła dowodu na piśmie — tej treści, że okoliczności faktyczne, skierowane *przeciw osnowie dokumentu* lub wychodzące *ponad jego osnowę,* winny być pismem stwierdzone. — W przepisie tym znajdujemy więc jeszcze jedną nową regułę dowodu na piśmie, która ma samoistne znaczenie, obok licznych innych reguł, zawartych w prawie materialnym. Nie da się zaprzeczyć, że i powyższa, wykryta tutaj, reguła dowodu na piśmie, jest regułą dowodową prawa materialnego, wobec czego nie zachodzi przeszkoda, by i ta reguła tłumaczona była wedle zasady art. 110 Kz. Stosując więc art. 110 Kz. do tej nowej reguły, powiemy, że wymaganie przepisu art. 265 kpc., aby zachowana była forma piśmienna na

---

[12]) **Allerhand:** Kpc. 1, str. 293, uw. 1. — **Halpern** w Głosie Prawa, 1933, Nr 2, str. 67. — **Litauer:** Komentarz do proc. cyw. str. 265. — **Peiper:** Kpc., str. 599, uw. 8.

[13]) Pisma tego nie należy identyfikować z „początkiem dowodu na piśmie“ (art. XIX przep. wprow. kpc.), albowiem początek dowodu na piśmie nie musi być zaopatrzony podpisem przeciwnika, lecz musi tylko od niego pochodzić. Poza tym, przy początku dowodu na piśmie, sąd ocenia, czy treść jego czyni prawdopodobnym fakt, podlegający dowodowi, podczas, gdy pismo, o którym mowa w tekście, **musi być dopuszczone jako przeciwdowód,** jeśli posiada odpowiednią treść.

okoliczności przeciw osnowie lub ponad osnowę dokumentu, ma to znaczenie, iż w razie sporu dopuszczalny jest na okoliczności te dowód ze świadków za zgodą obu stron. Wobec tego dochodzimy i tą drogą do konkluzji, że skoro obie strony na to się godzą, wówczas może być dopuszczony dowód ze świadków przeciw dokumentowi[14])[15]).

Dr J. TAUBER
Przemyśl

Kilka uwag na temat wznowienia postępowania z art. 445 kpc.

I) — Wedle art. 442—457 Kpc. można żądać wznowienia postępowania, zakończonego wyrokiem prawomocnym.

Poniższe wywody nie dotyczą innych orzeczeń, ani też wznowienia z powodu nieważności. Będzie mowa o niektórych kwestiach, odnoszących się jedynie do wznowienia postępowania, zakończonego wyrokiem prawomocnym z powodów, wymienionych w art. 445 Kpc., czyli z tzw. *przyczyn restytucyjnych.*

W pierwszym rzędzie nasuwa się kwestia, czym właściwie jest wznowienie postępowania? — Czy jest ono nadzwyczajnym środkiem odwoławczym, czy środkiem *quasi* - odwoławczym, czy też ma być w tej mierze stosowana tylko *analogia* z przepisami o środkach odwoławczych, czy też jest ono w końcu — zupełnie czym innym. Aby dojść do należytej konkluzji, trzeba wyjść z założeń wcale ogólnych.

Jeżeli w społeczeństwie ludzkim ma panować porządek, i jeżeli ma istnieć możliwość współżycia, musi być wykluczona *samopomoc.* Muszą istnieć normy prawne, przez właściwe władze wydane, lub przez właściwe władze przynajmniej uznane, a regulujące współżycie w łonie społeczeństwa, i zapewniające członkom tego społeczeństwa odpowiednie bezpieczeństwo. Jeżeli więc ktoś sądzi, że został przez innego pokrzywdzony, nie może sam sobie wymierzać sprawiedliwość, lecz powinien

---

[14]) Stanowisko to podzielają: **Allerhand**, Kpc., str. 294, **Litauer**, Komentarz do proc. cyw., str. 265, uw. 10, **Domański**, l. c., str. 530, **Halpern**, l. c., str. 69.

[15]) Powyższe uwagi naświetlają art. 265 tylko **w jednym punkcie**. **Wyczerpujące** omówienie powyższego przepisu, w związku z Kz., zastrzegamy sobie do osobnego artykułu, przy czym też będzie uwzględniona krytyka powołanego na wstępie O. S. N. odnośnie pojęcia **„uczestników“**.

wezwać pomocy prawowitej władzy, w szczególności zaś — o ile został pokrzywdzony odnośnie swych uprawnień, wynikających z prawa prywatnego — winien się udać o pomoc do sądu, który osądzi, czy i jakie naruszenie prawa nastąpiło, i jaka ma nastąpić remedura. Dokonuje się to przeważnie za pomocą wyroku.

O tym stanowi prawo materialne, a prawo formalne przepisuje tylko sposób dochodzenia swych praw przed sądem.

Z tego wynika logicznie, że *wyrok* co do treści swej, normującej stosunek prawny między danymi osobami, jest instytucją prawa materialnego, a prawo formalne — w danym przypadku obowiązujący u nas kodeks procedury cywilnej — stanowi tylko o tym, w jaki sposób sprawa ma być doprowadzona do wydania wyroku, co wyrok ma zawierać i kiedy następuje prawomocność formalna wyroków.

Wyrok co do swej treści materialnej z reguły *wzmacnia* tylko istniejące prawo, czyli *tytuł prawny* roszczenia, jest atoli zarazem nowym tytułem prawnym, regulującym pewien stosunek prawny między stronami, jak każdy inny tytuł prawny, jak umowa, rozporządzenie ostatniej woli lub inne zdarzenia, do których ustawa przywiązuje pewne skutki prawne. Tym się też tłumaczy, że np. obowiązujący w b. dzielnicy austriackiej kodeks cywilny wymienia jako tytuł do pośredniego nabycia prawa własności: umowę, rozporządzenie ostatniej woli, orzeczenie sądowe, albo zarządzenie ustawy (§ 424 u. c.). To samo czyni on odnośnie uzyskania prawa zastawu w § 449 u. c., acz w odmiennym porządku, a podobnie stanowi on również w § 480 u. c. o służebności, w § 1461 zdanie pierwsze, itp. — Tytuł prawny zaś uznaje nie tylko austr. kodeks cywilny, ale i Kodeks Napoleona (art. 1108 i 1131)[1]) jak i niem. kodeks cywilny (argumentum z § 780)[2]).

Czasem wyrok nie tylko wzmacnia już istniejące prawo, ale tworzy nowe stosunki prawne, — między innymi wówczas, jeżeli jest mylny, a więc jeżeli np. przyznaje komuś służebność, jaka poprzednio nie istniała, albo oddala powództwo, choć pewne roszczenie słusznie istnieje,

---

[1]) Art. 1108: Cztery są warunki ważności umowy: zezwolenie strony, która się zobowiązuje; zdolność jej do zawierania umowy; przedmiot określony, stanowiący treść zobowiązania; przyczyna godziwa w zobowiązaniu.

Art. 1131: zobowiązanie bez przyczyny, albo o przyczynie fałszywej lub o przyczynie niegodziwej, nie może mieć żadnego skutku.

[2]) § 780 n. K. c.: Zur Giltigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist — soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist — schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich.

skutkiem czego zwalnia zobowiązanego od długu lub ciężaru, itp. W tym przypadku wyrok stanowi nowy tytuł, oderwany od poprzednio istniejącego stosunku prawnego między stronami.

Skoro zaś wyrok w ogóle stanowi sam dla siebie tytuł prawny i nie zachodzi już potrzeba powoływania się na prawo lub stosunek prawny, które dały powód do wydania wyroku, to jako *tytuł prawny* winien on podlegać tym normom prawnym, jakim podlegają i inne tytuły — z uwzględnieniem atoli okoliczności, iż nowy tytuł został stworzony *powagą sądu*. a więc daje gwarancję większą, aniżeli wszelki inny tytuł prywatny.

Ale tak, jak inne akty prawne, stanowiące tytuł prawny, mogą dojść do skutku na skutek błędu, podstępu, przymusu itp. okoliczności, czyniących oświadczenie woli *wadliwym*, względnie nie odpowiadającym rzeczywistej woli danej strony, tak też i przy wyrokach może się zdarzyć, że zapadnie on wskutek wprowadzenia sądu w błąd, np. za pomocą dokumentu podrobionego lub sfałszowanego lub wskutek karnego wyroku skazującego, a następnie uchylonego, albo też w ogóle wskutek czynu karalnego. Może się też okazać, że stosunek prawny uregulowany wyrokiem — już poprzednio został uregulowany wyrokiem prawomocnym, albo też mogą wyjść na jaw takie okoliczności, które mogłyby były wywrzeć wpływ istotny na wynik sprawy, a z których strona w poprzedzającym wyrok postępowaniu nie mogła skorzystać.

Słuszność wymaga, aby tego rodzaju wyrok, oparty na fałszywych danych, albo normujący poraz drugi unormowany już prawomocnie stosunek prawny — został uchylony, czyli aby przywrócony został stan prawny istniejący bezpośrednio przed wydaniem wyroku. Takie uchylenie skutków, czyli *restytucja* poprzedniego stanu, jest przez prawo materialne uznawane odnośnie różnych oświadczeń woli, przy czym niektóre ustawodawstwa wprost mówią o *restytucji* lub o *przywróceniu pierwotnego stanu*, inne zaś stanowią to samo bez określenia tego jakąś szczególną nazwą.

I tak kodeks Napoleona w art. 1313 postanawia, że pełnoletnim nie służy prawo do *przywrócenia rzeczy do pierwotnego stanu* z powodu pokrzywdzenia, jak tylko w przypadkach i pod warunkami, szczegółowo w kodeksie tym wymienionymi. W szczególności przyznaje on prawo do żądania restytucji, w przypadku przyjęcia spadku wskutek podstępu (art. 783), z przyczyny użytego gwałtu lub podstępu przy działach spadkowych (art. 887) — tak samo przy umowach (art. 1109 i nast.).

Według niem. kodeksu cywilnego jest nieważne oświadczenie woli, złożone wskutek podstępu *(arglistige Täuschung)* albo przez nieprawne pogróżki (§ 123 i nast.), a oświadczenie takie wprawdzie samo przez się nie jest nieważne, ale staje się od początku nieważnym, jeżeli dany stosunek prawny został należycie zaczepiony (§ 143).

O ile z podobnymi zarzutami występuje się z pozwem czy też ze skargą o wznowienie, nazywa się tenże *pozwem restytucyjnym*, względnie *skargą restytucyjną* (§§ 578 i 580 niem. pr. cyw.). W języku niemieckim istnieje tylko jedna nazwa: *Klage*, podczas gdy język polski ma dwie nazwy: *pozew* i *skarga*).

Wedle ustawy postępowania cywilnego, jaka obowiązywała w b. Kongresówce, w szczególności wedle art. 792, istniały 3 rodzaje „podań o uchylenie wyroków“:

1) *skargi kasacyjne*
2) *podania o restytucję* — i
3) *skargi osób, które nie uczestniczyły w sprawie.*

Wedle art. 794 upc. podania o restytucję są dopuszczalne:

1) *w razie wykrycia nowych okoliczności, lub ujawnienia fałszu w aktach, na których wyrok był oparty, jako też — 2) w razie wydania wyroku przeciwko pozwanemu, który się nie stawił do rozpraw i którego miejsce zamieszkania nie było wskazane.*

Podczas gdy punkt 2) art. 794 upc. odpowiada częściowo naszemu wznowieniu postępowania z tytułu nieważności, to punkt 1) odpowiada mniej więcej treści art. 445 Kpc., co w judykaturze odnośnie tego przepisu jeszcze bardziej się uwydatniło. Widać więc z powyższego, że tak kodeks Napoleona, jak i ustawa postępowania sądowego określają prawo do żądania uchylenia skutków prawnych pewnych czynności, jak i prawo uchylenia wyroków, opierających się na podobnych podstawach, jak owe czynności prawne — jako *restytucję*, względnie jako prawo żądania restytucji.

Ustawa cywilna austriacka nie uznawała — rzekomo — prawa do restytucji, odsyłając z tym do ustaw procesowych (§ 1450 uc.), ale uznawała prawo do uchylenia skutków czynności prawnych (o jakich wyżej była mowa) w §§ 870 i nast., postanawiając już to, że strona pokrzywdzona nie jest obowiązaną do wykonania odnośnej umowy, już to stwierdzając, że dla pokrzywdzonego nie powstało w ogóle żadne zobowiązanie. Tak samo w innych przypadkach dozwala ustawa ta na korzyść pewnych osób zaczepiania pewnych działań prawnych w konkursie i poza konkursem, a mimo zastrzegania się, że kodeks cywilny nie uznaje restytucji, stwierdza § 934 *expressis verbis*, że

w razie pokrzywdzenia ponad połowę wartości w interesach dwustronnie obowiązujących, pokrzywdzony ma prawo żądania rozwiązania umowy i przywrócenia pierwotnego stanu, a w § 1323 u. c. równie wyraźnie zaznacza, że odszkodowanie polega na tym, aby wszystko zostało *„przywrócone do pierwotnego stanu"*.

Ciekawą rzeczą jest, że gdy kodeks cywilny odsyłał z restytucją do ustawy sądowej (procedury) — to obowiązująca w chwili wejścia w życie austr. kodeksu cywilnego ustawa sądowa z r. 1781 zaznaczała w § 371 — że o tym, kto może domagać się przywrócenia pierwotnego stanu z powodu pokrzywdzenia, odniesionego przy jakiejś czynności prawnej — „widocznym jest z naszych ustaw cywilnych" (podobnie § 489 ust. sąd. zachodniej Galicji z r. 1796), a § 372 powsz. ust. sąd. stwierdza, że „wedle tejże ustawy sądowej przysługuje to prawo żądania restytucji w dwóch przypadkach: a) temu, kto utracił termin zawity *(terminus peremtorius)* bez swej winy, oraz — b) jeżeli zapadł wyrok *(ein Spruch)*, a pokrzywdzony odnalazł ważne *(erhebliche)* dowody, o których przedtem nie wiedział, lub których poprzednio nie mógł znaleźć (podobnie § 489 gal. u. s.). Później dopuszczono jeszcze restytucję *ob malam defensionem* i inne, ale podnieść należy, że rezolucją z 11. września 1784, Zb. u. Nr 335 stwierdzone zostało, że spory o przywrócenie sprawy do pierwotnego stanu należy traktować jak każde inne prawo skargi w sprawach prywatnych.

Kodeks zobowiązań zarządza *przywrócenie do pierwotnego stanu* w razie poczynionych przy *negotiorum gestio* (art. 119), jako sposób odszkodowania w niektórych wypadkach (art. 159), oraz w art. 541 zapłatę przez właścicieli hoteli, zajazdów itp. *sumy pieniężnej, potrzebnej do przywrócenia rzeczy do stanu poprzedniego,* jeżeli ona uległa uszkodzeniu w tego rodzaju zakładzie. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że i normy prawne, zawarte w art. 37 i nast. kod. zob. zmierzają do przywrócenia pierwotnego stanu, dając stronie pokrzywdzonej możność *uchylenia się od skutków prawnych* pewnych oświadczeń woli, a to samo zachodzi i przy *zaskarżaniu czynności prawnych dłużników, zdziałanych ze szkodą wierzycieli* (art. 288 nast. kod. zob.), już choćby dlatego, że wszystkie owe czynności prawne spowodowane zostały przez czyn karalny lub przez tzw. *oszustwo cywilne,* a tym samym pociągają za sobą obowiązek odszkodowania po myśli art. 134 i 135 kod. zob. (p. motywy kom. kodyf. do art. 43 kod. zob.).

Można w zasadzie przyjąć analogiczny stan prawny w przypadkach, gdy ktoś został pokrzywdzony przez to, że nie wiedział o istnieniu prawomocnego

wyroku, który już unormował jakiś sporny stosunek prawny, lub nie wiedział o istnieniu pewnych środków dowodowych, albo nie mógł z nich skorzystać w procesie, dlatego, że ich nie mógł znaleźć, lub też z innej ważnej przyczyny.

W tych przypadkach bowiem, a co najmniej w przeważnej ich ilości, jedna strona wykorzystała nieświadomość przeciwnika, albo niemożność skorzystania z tych dokumentów lub innych dowodów, co zobowiązuje do odszkodowania po myśli art. 135 kod. zob.

Skoro więc prawo uchylenia się od skutków prawnych, względnie prawo uchylenia skutków prawnych czynności lub aktów prawnych, normowane jest przepisami prawa materialnego, niema przyczyny traktować inaczej prawo pewnych osób uchylenia się od skutków wyroku, względnie prawo tych osób do żądania uchylenia tych wyroków, gdy zachodzą okoliczności, uzasadniające to uchylenie.

Innymi słowy: *Przyczyny* wznowienia postępowania, zakończonego wyrokiem prawomocnym, unormowane są przez prawo materialne, *a samo wznowienie postępowania* jest prawem podmiotowym pokrzywdzonego, opartym na normach prawa materialnego. Kodeks procedury cywilnej winien tedy tylko stanowić, w jaki sposób to może nastąpić.

Nie zmienia stanu rzeczy, jeżeli odnośne przyczyny wznowienia umieszcza się w procedurze sądowej. Dzieje się to z oportunizmu, aby nie rozrywać zbytnio materii, regulowanej równocześnie przez dwie różne ustawy. Zresztą zaś nie wszystko, co przy transakcji prywatnej może powodować uchylenie się od skutków, może także skutkować uchylenie wyroku, już choćby ze względu na to, że oświadczenia stron i odnośne czynności odbywają się wobec sądu, który ma obowiązek dążyć do tego, ażeby rozprawa wszechstronnie wyświetliła punkty sporne (art. 227 kpc.), a to również uzasadnia wymienienie owych szczególnych przyczyn w procedurze cywilnej.

Z okoliczności zaś, że przyczyny wznowienia postępowania są zaczerpnięte z prawa materialnego, a sama instytucja wznowienia postępowania jest instytucją prawa prywatnego, wynika, że to wznowienie postępowania nie jest ani zwyczajnym, ani nadzwyczajnym środkiem odwoławczym, lecz tym, czym je określiła wyżej wspomniana rezolucja do § 375 powsz. ust. sądowej z r. 1781, a mianowicie: *Die Einsetzung in den vorigen Stand sei wie jedes andere* Klagerecht *in einer Privatsache zu verhandeln*". — Rezolucja ta przyjęta została do wydanej w a. 1796 galic. ust. sąd. jako § 493, który opiewa: „*Wenn die Einsetzung in den vorigen Stand über einen ergangenen*

Spruch angesucht wird, so muss wie über jedes andere Klagerecht verfahren werden".

Dochodzimy więc do wniosku, że nieuzasadnione jest wyłączenie wznowienia postępowania, zakończonego wyrokiem prawomocnym, z ogólnych przepisów postępowania, a tym bardziej nieuzasadnione jest też nazwanie pisma przygotowawczego — którym wznowienie ma być wszczęte *„skargą“* w przeciwieństwie do *pozwu*, którym rozpoczyna się postępowanie w innych sprawach.

Dok. nast.

Adw. Dr JAKUB VOGELFANGER
Lwów

Przepis art. 12 dekretu dewizowego w praktyce procesowej i egzekucyjnej[1].

I.

(1) Wymieniony w tytule przepis prawny budzi w praktyce procesowej i egzekucyjnej szereg wątpliwości.

(2) W szczególności wątpliwe jest, czy przewidziany w tym przepisie zastępczy sposób spełnienia świadczeń przez złożenie ich na rachunek zagraniczny wierzyciela, odnosi się tylko do świadczeń pieniężnych, czy też ponadto do świadczeń, których przedmiotem nie są pieniądze, lecz inne wartości, podlegające reglamentacji dewizowej. Z kwestią tą wiąże się zagadnienie natury procesowej i egzekucyjnej czy na zasadzie art. 12 dekretu może nastąpić zasądzenie i wyegzekwowanie wszelkich świadczeń, podlegających reglamentacji dewizowej, czy też tylko — świadczeń pieniężnych[2]).

(3) Wątpliwe jest dalej, czy zasądzenie i wyezgekwowanie świadczeń na podstawie art. 12 dekretu nastąpić może:

---

[1]) Dekret P. R. z dnia 26 kwietnia 1936 r. w sprawie obrotu pieniężnego z za granicą oraz obrotu zagranicznymi i krajowymi środkami płatniczymi (Dz. U. R. P. Nr 32, poz. 249), znowelizowany dekretem z dnia 29 sierpnia 1936 r. (Dz. U. R. P. Nr 67, poz. 488).

[2]) Reglamentacji dewizowej podlegają świadczenia **pieniężne** tj. mające za przedmiot krajowe lub zagraniczne **pieniądze** (monety, banknoty oraz wszelkie znaki pieniężne papierowe; art. 1 dekretu dew.) — oraz świadczenia **niepieniężne**, mające za przedmiot środki płatnicze, nie będące pieniądzmi, jako to weksle, czeki, asygnaty kasowe, akredytywy, polecenia wypłat i przekazy (art. 1 dekretu), złoto (art. 6 dekretu), zagraniczne i polskie papiery procentowe i dywidendowe, tudzież kupony od takich papierów (art. 7 dekretu) oraz książeczki oszczędnościowe (art. 8 dekretu).

a) tylko w przypadku stosunku prawnego między osobą przebywającą *w kraju,* a osobą przebywającą *za granicą*[3]) (przy czym jest obojętne, czy obie te osoby są cudzoziemcami dewizowymi[4]), czy też krajowcami dewizowymi[5]), czy w końcu jedna jest krajowcem dewizowym, a druga — cudzoziemcem dewizowym) — czy też

b) tylko w przypadku stosunku prawnego między krajowcem dewizowym, a cudzoziemcem dewizowym, — (przy czym jest obojętne, czy obie te osoby przebywają w kraju lub za granicą — względnie jedna w kraju, a druga za granicą) — czy w końcu

c) w obu powyżej pod a) i b) wymienionych przypadkach.

Kwestie powyższe są ważne ze stanowiska postępowania cywilnego, a to dlatego, że w przypadkach zastosowania zastępczego sposobu wykonania świadczenia po myśli art. 12 dekretu, wykazanie się powoda względnie wierzyciela z uzyskania zezwolenia[6]) nie jest wymogiem zasądzenia i wyegzekwowania świadczenia[7]).

(4) Wątpliwości budzi też ze stanowiska prawa procesowego zawarte w art. 12 dekretu rozróżnienie między przewidzianym w ust. 1 tego art. prawem dłużnika spełnienia świadczeń pieniężnych przez złożenie ich na rachunek zagraniczny, a przewidzianym w ust. 2 tego art. obowiązkiem[8]) złożenia zasądzonych i wyegzekwowanych świadczeń[9]) na taki rachunek. Skoro bowiem dłużnik przed zasądzeniem, zgodnie z art. 12 ust. 1, ma „*prawo*" dobrowolnego złożenia tylko świadczenia pieniężnego na rachunek zagraniczny — (z czego *a contrario* wynika, że nie ma takiego prawa odnośnie świadczenia niepieniężnego) — to trudno wyjaśnić unormowany w art. 12 ust. 2 obowiązek złożenia zasądzonego i wyegzekwowanego świadczenia na rachunek zagraniczny, o ile obowiązek ten miałby obejmować także świadczenie niepieniężne.

---

[3]) Pojęcie **kraju** jest przeciwieństwem pojęcia **terytorium zagranicznego** w rozumieniu art. 1 ust 5 dekretu.

[4]) Por. art. 1 ust. 3 dekretu.

[5]) Nazwą tą oznaczamy osoby, mające miejsce zamieszkania lub siedzibę **w kraju,** w rozumieniu art. 1 ust. 4 dekretu.

[6]) Jeżeli w dekrecie dewizowym lub w rozporządzeniach wykonawczych jest mowa o **zezwoleniu,** należy przez to, zgodnie z art. 4 dekretu, rozumieć zezwolenie **Komisji Dewizowej,** o ile z brzmienia lub treści danego przepisu nie wynika co innego. Zezwolenie winno być wyjednane **przed** zawarciem umowy względnie **przed** spełnieniem świadczenia. Por. **Stanisław Ettinger:** „Wpływ następczego zezwolenia dewizowego na odpowiedzialność karną", Gazeta Sądowa Warszawska z r. 1937, Nr 27—28, oraz **Marian Radwański:** „Ważność zobowiązań wobec przepisów dewizowych", Przegląd Notarialny Nr 15—16 z r. 1937.

[7]) Por. P. P. C. 1936, str. 448—452, 562—565, 656 i 657; Nowa Palestra 1936, str. 530—535; 1937, str. 59—63.

[8]) **Arg. z użytych w art. 12, ust. 2 słów: „winny być".**

[9]) W art. 12 ust. 1 jest mowa o świadczeniu **„pieniężnym"**, w art. 12 ust. 2 — o świadczeniach bez określenia **„pieniężne"**.

(5) Należało się spodziewać, że te i inne wątpliwości, dotyczące art. 12 dekretu, znajdą wyjaśnienie w rozporządzeniu wykonawczym, którego zapowiedź mieści się w ust. 3 omawianego przepisu tudzież w art. 22 dekretu, w myśl którego wykonanie dekretu odnośnie art. 12 poruczone zostało Ministrowi Skarbu w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości.

Atoli mimo upływu przeszło dwu lat od dnia wejścia w życie dekretu, nie pojawiło się dotąd powyższe rozporządzenie wykonawcze (!), a praktyka — nie mogąc powstrzymać biegu toczących się spraw aż do pojawienia się tego rozporządzenia wykonawczego — musi szukać rozwiązania powyższych kwestii w dotychczasowych przepisach prawnych.

II.

(1) Ze względu na to, że odpowiedź na powyższe kwestie procesowe i egzekucyjne łączy się z wyjaśnieniem pewnych zagadnień prawno-dewizowych, przeto w pierwszym rzędzie musimy zająć się tymi zagadnieniami.

(2) W myśl art. 12 ust. 1 dekretu, we wszystkich przypadkach, w których spełnienie świadczenia pieniężnego wymaga zezwolenia stosownie do przepisów dekretu dewizowego lub wydanych na jego podstawie rozporządzeń wykonawczych[10]), służy dłużnikowi prawo, na żądanie wierzyciela, wpłacenia równowartości takiego świadczenia w walucie krajowej do Banku Polskiego lub do banku dewizowego na rachunek wierzyciela.

(3) Przepis powyższego art. 12 ust. 1 odnosi się tylko do świadczeń pieniężnych, a więc do świadczeń, których przedmiotem są tak zagraniczne, jak i krajowe pieniądze (monety, banknoty oraz wszelkie znaki pieniężne: art. 1 dekretu). Jeśli świadczenie opiewa na zagraniczne pieniądze, natenczas złożenie świadczenia na rachunek wierzyciela nastąpi w równowartości w walucie krajowej (art. 13 i 18 dekretu). Nie odnosi się zaś ten przepis do świadczeń niepieniężnych, objętych reglamentacją dewizową, których przedmiotem są inne środki płatnicze (weksle, czeki, asygnaty kasowe, akredytywy, polecenia wypłat i przekazy; por. art. 1 dekretu oraz instrukcję Min. Sk. z dnia 8. sierpnia 1936, Dz. Urz. Min. Sk. Nr 21, poz. 680), złoto (art. 6), zagraniczne i polskie papiery procentowe i dywidendowe tudzież kupony od takich papierów (art. 7), oraz książeczki oszczędnościowe (art. 8).

W przepisie art. 12 ust. 2 dekretu dewizowego przewidziany jest obowiązek złożenia zasądzonych oraz wyegzekwowanych od dłużnika po dniu wejścia w życie dekretu dewizowego świadczeń, ograniczonych wymogiem zezwolenia na

---

[10]) Rozp. Ministra Skarbu z dnia 24. lipca 1936 r., o obrocie pieniężnym z zagranicą oraz o obrocie zagranicznymi i krajowymi środkami płatniczymi (Dz. U. R. P. Nr 57, poz. 419), oraz rozp. Ministra Skarbu z dnia 14 maja 1936 r. o obowiązku zgłoszenia i zaofiarowania do skupu należności za sprzedane za granicę towary (Dz. U. R. P. Nr 39, poz. 296).

rachunek zagraniczny wierzyciela, przy czym w tymże przepisie art. 12 ust. 2 dekretu dewizowego mowa jest o świadczeniach bez określenia *„pieniężne“* — w przeciwstawieniu do ustępu 1 tegoż artykułu, który wyraźnie odnosi się do świadczeń pieniężnych.

Stąd to właśnie wyłania się kwestia, o której była mowa powyżej pod I (2).

Idąc po linii dosłownego brzmienia art. 12 ust. 2 dekretu, niektórzy autorowie uważają, że ust. 2 omawianego przepisu odnosi się do wszelkich świadczeń, których przedmiot podlega reglamentacji dewizowej[11]). Motywem tego stanowiska ma być zasada *„lege non distinguente...“*

Uważamy jednakże stanowisko to za mylne.

Nie można bowiem przyjąć, by w myśl art. 12 ust. 2, mogło bez zezwolenia nastąpić zasądzenie, i w ślad za nim, wyegzekwowanie świadczenia niepieniężnego, złożyć się mającego na rachunek zagraniczny, skoro pozwany (dłużnik), zgodnie z art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego, nie ma ze stanowiska reglamentacji dewizowej prawa dobrowolnego złożenia świadczenia niepieniężnego, bez zezwolenia, na rachunek zagraniczny. Zasądzenie i wyegzekwowanie może, bez zezwolenia, nastąpić tylko co do takich świadczeń, które dłużnikowi, bez zezwolenia, przed sporem wolno dobrowolnie spełnić. Powództwo o świadczenie, których dobrowolne spełnienie bez zezwolenia przed sporem jest niedopuszczalne, musi być na wypadek braku takiego zezwolenia oddalone.

Wynika stąd, że prawodawca tylko dla tego mówi w art. 12 ust. 2 dekretu o świadczeniach bez określenia *„pieniężne“*, że już w art. 12 ust. 1 unormował rodzaj tych świadczeń, a nie dlatego, że zakres zastosowania art. 12 ust. 2 ma być szerszy od zakresu zastosowania art. 12 ust. 1, a to o przypadki świadczeń niepieniężnych[12]).

---

[11]) Por. I. **Blei** „Art. 12 dekr. dew.“ w Przeglądzie Prawa Handlowego, 1938 r. Nr 2. Linia myślowa tego autora jest następująca: Z art. 12 ust. 1 dekretu wynika, że dłużnik ma prawo bez zezwolenia sposobem zastępczym wykonać tylko świadczenie pieniężne. W konsekwencji dłużnik bez zezwolenia nie mógłby być zasądzony na świadczenie niepieniężne, wymagające zezwolenia. Ze względu jednak na to, że tę konsekwencję autor uważa za sprzeczną z art. 12 ust. 2 dekretu, przeto dochodzi do wniosku, że art. 12 ust. 2 dekretu odnosi się do świadczeń **pieniężnych i niepieniężnych.** Wnioskowanie to mieści w sobie błąd, znany w logice pod nazwą petitio principii. W szczególności autor zakłada, że wspomniana wyżej konsekwencja jest sprzeczna z art. 12 ust. 2 dekretu, i przez to **implicite** przyjmuje jako przesłankę, że art. 12 ust. 2 odnosi się do świadczeń pieniężnych i niepieniężnych, po czym dochodzi do wniosku, który jest tautologią względem powyższej przesłanki.

[12]) Niepodobna przyjąć, by prawodawca objął art. 12 ust. 2 dekretu świadczenia niepieniężne **tylko** po to, by zasądzenie i wyegzekwowanie tych świadczeń uczynić wymogiem dopuszczalności ich zastępczego wykonania bez zezwolenia, przez złożenie na rachunek zagraniczny wierzyciela, gdyż przepis art. 12 ust. 1 dekretu daje niewątpliwie dłużnikowi prawo dobrowolnego spełnienia sposobem zastępczym li tylko świadczeń **pieniężnych.** Ponadto, ze względu na przepis art. 12 ust. 1, pozwany

Praktyka idąca po linii, że — mimo braku zezwolenia — może wierzyciel uzyskać zasądzenie i wyegzekwowanie świadczenia niepieniężnego, podlegającego reglamentacji dewizowej, jest chybiona.

(4) Zachodzi dalej kwestia, czy ze względu na brzmienie przepisu art. 12 ust. 1, mówiącego wyraźnie o wspomnianym wyżej „p r a w i e“ wierzyciela — należy argumentować *a contrario,* że mimo żądania wierzyciela nie ciąży na dłużniku obowiązek wpłacenia świadczenia pieniężnego na rachunek zagraniczny wierzyciela.

Otóż nie ulega wątpliwości, że użyte w art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego wyrażenie *„prawo“* tłumaczyć należy jako prawo wierzyciela w rozumieniu reglamentacji dewizowej, nie zaś w rozumieniu prawa prywatnego. Ze stanowiska bowiem prawa prywatnego ciąży na dłużniku o b o w i ą z e k zapłaty długu pieniężnego, a dla umożliwienia dłużnikowi wywiązania się ze swego prywatno-prawnego zobowiązania, daje mu dekret *„prawo“* dewizowe złożenia dłużnego świadczenia pieniężnego na rachunek wierzyciela w banku dewizowym. Tak tedy dłużnik, mając obowiązek prywatno-prawny zapłaty długu, może — ze stanowiska reglamentacji dewizowej — korzystać z prawa przysługującego mu z mocy art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego.

Mylne byłoby stanowisko, iż dłużnik — na żądanie wierzyciela, by złożył świadczenie pieniężne na rachunek zagraniczny — może się powołać na to, że zgodnie z art. 12 ust. 1 dekretu dewiwego przysługuje mu tylko p r a w o złożenia świadczenia na taki rachunek, że natomiast dekret dewizowy nie przewiduje w tej mierze o b o w i ą z k u.

Mylność takiego stanowiska wynika z zestawienia art. 12 ust. 1 i z art. 12 ust. 2 dekretu. W szczególności w art. 12 ust. 2 dekretu jest mowa o zasądzonych oraz wyegzekwowanych od dłużnika świadczeniach. Gdyby otóż przyjąć, że przysługujące dłużnikowi prawo spełnienia świadczeń pieniężnych sposobem zastępczym przewidzianym w art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego nie jest prawem w rozumieniu wyłącznie dewizowym, to nie możnaby zrozumieć, w jaki sposób, zgodnie z ust. 2 omawianego artykułu, może nastąpić zasądzenie oraz wyegzekwowanie świadczenia od dłużnika, bo wszak dłużnika nie byłoby można zasądzić na wykonanie jego p r a w a, a można go zasądzić li tylko na dopełnienie z o b o w i ą z a n i a.

Natomiast, od chwili zasądzenia i wyegzekwowania świadczenia pieniężnego, istnieje nie tylko *„prawo“* (dewizowe) zastępczego wykonania dłużnego świadczenia pieniężnego (art. 12 ust. 1), ale ponadto i o b o w i ą z e k (dewizowy) w tym kierunku (art. 12 ust. 2). Dlatego niezłożenie zasądzonego i wy-

---

o świadczenie niepieniężne mógłby wobec wierzyciela, nie wykazującego się zezwoleniem, zasadnie podnieść zarzut, że ze względu na art. 12 ust. 1 nie miał prawa dobrowolnie spełnić świadczenia niepieniężnego.

egzekwowanego świadczenia pieniężnego na rachunek zagraniczny wierzyciela obwarowane jest sankcją z art. 16 dekretu[13]).

(5) Przepis art. 12 ma zastosowanie do przypadków, *„w których spełnienie świadczenia wymaga... zezwolenia“*[14]). — Przepis ten znajduje tedy zastosowanie w przypadkach, gdy spełnienie świadczenia podlega ograniczeniu dewizowemu (art. 2), tj. w przypadkach, gdy na spełnienie świadczenia zezwolić może zasadniczo Komisja Dewizowa, a w pewnych razach Bank Polski[15]).

Nie można natomiast stosować przepisu art. 12, gdy spełnienie świadczenia obłożone jest zakazazem dewizowym (art. 2) tj., gdy norma prawa dewizowego zabrania pewnego świadczenia bezwzględnie i gdy tylko Minister Skarbu (nie zaś Komisja Dewizowa lub Bank Polski) ma prawo udzielenia zezwolenia w drodze rozporządzenia na spełnienie świadczenia (art. 15).

(6) Wynika stąd, że przepis art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego nie odnosi się do przypadków świadczeń pieniężnych, przewidzianych w art. 5 dekretu dewizowego, a w szczególności do przypadków zawierania lub wykonywania umów kupna-sprzedaży, zamiany, pożyczki, przelewu oraz za-

---

[13]) Obok **„ograniczeń“** i **„zakazów“** (art. 2) trzecią grupą norm dewizowych stanowią **„obowiązki“**, n. p. przewidziany w art. 10 dekretu obowiązek zgoszenia i zaofiarowania do skupu należności od zagranicy. Przepis § 19 rozp. wyk. normuje powyższy obowiązek co do eksporterów, którzy ponadto są **„obowiązani“** do składania Bankowi Polskiemu sprawozdań. Przepis § 20 rozp. wyk. normuje obowiązek zaofiarowania do skupu należności, przypadających za sprzedane za granicą papiery procentowe i dywidendowe oraz kupony od tych papierów. Przepis art. 9 ust. 2 dekretu i § 21 rozp. wyk. normują obowiązek zgłoszenia w Banku Polskim uzyskania kredytu od cudzoziemca oraz udzielenia poręki za spłatę takiego kredytu. Obowiązkiem dewizowym jest też obowiązek złożenia świadczenia pieniężnego — (w równowartości w walucie krajowej, a to w przypadku, jeśli świadczenie pieniężne opiewało na walutę zagraniczną) na rachunek zagraniczny zablokowany wierzyciela, ale pod warunkiem, że świadczenie pieniężne zostało zasądzone i wyegzekwowane. Obowiązek ten odnosi się do organu egzekucyjnego, który nie składając wyegzekwowanego świadczenia na rachunek zagraniczny wierzyciela, przebywającego lub zamieszkałego za granicą, podpada pod sankcję z art. 16 dekretu. Por. **Mantel—Matecki—Bielobradek**, Polskie Ustawodawstwo Dewizowe, str. 201.

[14]) Od świadczenia, którego spełnienie wymaga zezwolenia, które zatem jest obłożone **„ograniczeniem“** wymogu zezwolenia, odróżnić należy świadczenia, które obłożone są **„zakazami“** dewizowymi. Dla tego art. 2 dekretu dewizowego mówi o **„zakazach“** i **„ograniczeniach“**. Minister Skarbu może zezwalać na czynności zakazane i ograniczone (art. 15). Komisja Dewizowa (w pewnych przypadkach Bank Polski) może zezwalać tylko na czynności ograniczone (art. 2 i 4). Ta okoliczność odróżnia praktycznie **ograniczenie** dewizowe od **zakazu** dewizowego.

[15]) Zezwolenie **Komisji Dewizowej** jest wymagane w przypadkach art. 6, 7, 8 (ust. 1, 2, 3), 9 (ust. 1) dekretu, § 14 (ust. 1, 2) rozp. wyk. — Zezwolenie **Banku Polskiego** jest wymagane w przypadkach § 5, 8 (ust. 1), 17 (ust. 1) rozp. wyk.

stawu, których przedmiotem są zagraniczne pieniądze[16]). Przypadki te bowiem objęte są zakazem dewizowym, o ile jedną ze stron, zawierających umowę, nie jest Bank Polski lub bank dewizowy.

Natomiast odnosi się art. 12 ust. 1 dekretu dewizowego do przypadków świadczeń pieniężnych, objętych przepisem art. 8 ust. 1 i 2 dekretu dewizowego. Jest przy tym, w kwestii zastosowania art. 12 dekretu bez znaczenia, czy w przypadkach z art. 8 ust. 1 i 2 dekretu chodzi o pieniądze w walucie krajowej czy zagranicznej, byleby w przypadku z art. 8 ust. 1 i 2 dekretu nie zachodziły zarazem znamiona z art. 5 dekretu. W tym bowiem ostatnim przypadku niema mowy o *„świadczeniach, wymagających zezwolenia"*, a więc o świadczeniach *„ograniczonych"* wymogiem zezwolenia, lecz — o świadczeniach *„zakazanych"*.

(7) Wśród wyżej wymienionych przypadków, przewidzianych w art.8 ust. 1 i 2 dekretu, odróżnić należy dwie grupy.

Do pierwszej grupy należą przewidziane w art. 8 ust. 1 dekretu dewizowego: przekazywanie, wysyłanie i wywóz za granicę środków płatniczych, bez względu na walutę, na jaką one opiewają.

Czynności te są ograniczone wymogiem zezwolenia, o ile mają być wykonane przez osoby znajdujące się w kraju na rzecz osób znajdujących się za granicą, przy czym jest obojętne, czy w kraju lub za granicą znajdują się krajowcy dewizowi czy też cudzoziemcy dewizowi. Wymienione czynności będą tedy bez zezwolenia zabronione, chociażby cudzoziemiec dewizowy, znajdujący się czasowo w kraju, miał je wykonać na rzecz krajowca dewizowego, który czasowo znajduje się za granicą.

Drugą natomiast grupę przypadków stanowią przewidziane w art. 8 ust. 2 dekretu dewizowego: stawianie do dyspozycji cudzoziemców wszelkich środków płatniczych, uskutecznianie przekazów, przelewów i wpłat, bez względu na ich formę i walutę, na rachunki cudzoziemców, prowadzone w krajowych przedsiębiorstwach bankowych, oraz uskutecznianie jakichkolwiek wypłat w kraju z polecenia cudzoziemców. Te ostatnie czynności ograniczone są wymogiem zezwolenia w stosunku między krajowcami dewizowymi a cudziemcami dewizowymi, przy czym jest zgoła obojętne, czy krajowcy dewizowi względnie cudzoziemcy dewizowi znajdują się w kraju czy za granicą.

Czynności te będą wtedy ograniczone wymogiem zezwolenia w stosunku między krajowcem dewizowym a cudzoziemcem dewizowym, chociażby obaj przebywali za gra-

[16]) Zgodnie z art. 5 dekretu dewizowego zakazany jest handel **„zagranicznymi środkami płatniczymi"** pod które to pojęcie podpadają zagraniczne pieniądze i inne zagraniczne środki płatnicze, jako to weksle, czeki i przekazy art. 1 ust. 1 dekretu). Powyżej jest mowa tylko o zagranicznych pieniądzach, ponieważ omawiany art. 12 odnosi się tylko do świadczeń pieniężnych, wobec czego zagraniczne środki płatnicze, nie będące pieniądzmi, już w zasadzie nie podlegają przepisowi art. 12 dekretu.

nicą, lub chociażby obaj przebywali w kraju, lub w końcu, chociażby jeden z nich przebywał w kraju, a drugi za granicą.

We wszystkich otóż powyższych przypadkach, w których wierzyciel ma wobec dłużnika prywatno-prawne roszczenie o spełnienie jednej z czynności, przewidzianych w art. 8 ust. 1 i 2, może on domagać się od dłużnika, by odnośną sumę pieniężną w walucie krajowej względnie równowartość sumy pieniędzy zagranicznych w walucie krajowej złożył na rachunek zagraniczny wierzyciela.

Żądanie pozwu i wyrok nie muszą oczywiście opiewać na złożenie świadczenia pieniężnego na rachunek zagraniczny powoda, a tylko wykonanie wyroku może nastąpić jedynie tym sposobem zastępczym.

(8) W kwestii, na jaki rachunek ma nastąpić wpłata przez dłużnika świadczenia pieniężnego, należy mieć na uwadze, że artykuł 12 dekretu dewizowego ogłoszony został w dzienniku ustaw z dnia 27 kwietnia 1937 pod poz. 249, jednocześnie z rozporządzeniem wykonawczym, ogłoszonym w tym samym dzienniku pod poz. 250.

To ostatnie rozporządzenie przewidywało tylko dwa rodzaje rachunków zagranicznych, jako to: 1) wolne i 2) zablokowane[17]).

Ze względu na to, że zgodnie z § 14 tego rozporządzenia, wpłaty osób fizycznych i prawnych, mających miejsce zamieszkania lub siedzibę w kraju, na zagraniczne rachunki wolne, winny być traktowane na równi z przekazywaniem sum pieniężnych za granicę, a w ślad za tym wymagają zezwolenia Komisji Dewizowej, przeto niewątpliwie przepis art. 12 ust. 1, dający dłużnikowi prawo spełnienia świadczenia sposobem zastępczym bez zezwolenia, może mieć na myśli li tylko rachunki zagraniczne zablokowane.

Gdy zapowiedziane w ust. 3 art. 12 rozporządzenie wykonawcze unormuje warunki dysponowania przez wierzyciela sumami, wpłaconymi na jego rachunek na zasadzie art. 12, w sposób odmienny, niż dla rachunków zagranicznych zablokowanych, natenczas — oczywiście — będą obowiązywały te odmienne warunki, a odnośne rachunki zagraniczne będą *specjalnymi*[18]).

---

[17]) Por. Vogelfanger—Blei, Reglamentacja dewizowa i towarowa, 1937, str. 236—254; — **Mantel—Matecki—Bielobradek,** Polskie Ustawodawstwo Dewizowe, str. 134—138.

[18]) Przepis § 16 rozp. wyk. (rozp. Min. Skarbu z dnia 24. lipca 1936 o obrocie pieniężnym z zagranicą oraz o obrocie zagranicznymi i krajowymi środkami płatniczymi, Dz. U. R. P. Nr 57, poz. 419) nazywa wprawdzie rachunkami specjalnymi takie rachunki zagraniczne, z których dyspozycje dozwolone są na warunkach, określonych przez Komisję Dewizową (por. n. p. okólnik K. D. z 28. I. 1937 co do specjalnych rachunków firm księgarskich i wydawniczych; okólnik K. D. Nr 16 co do specjalnych rachunków gdańskich), atoli zgodnie z art. 15 dekretu uprawnienia Ministra Skarbu są w zakresie reglamentacji dewizowej szersze od uprawnień Komisji Dewizowej, wobec czego także Min. Sk. może określić warunki dyspozycji z rachunków specjalnych.

(9) Przewidziany w art. 12 ust. 1 prawo, a w ust. 2 tegoż art. obowiązek złożenia świadczenia na rachunek zagraniczny, powstają pod warunkiem zgłoszenia w tym kierunku żądania przez wierzyciela („*na żądanie*“, art. 12 ust. 1: „*na wniosek*“, art. 12 ust. 2).

Przyjąć wypada, że — w przypadku wytoczenia powództwa lub złożenia wniosku o wszczęcie egzekucji — nie zachodzi potrzeba złożenia osobnego wniosku o wpłacenie zasądzonego (wyegzekwowanego) świadczenia na rachunek wierzyciela, albowiem — w przypadku braku osobnego zezwolenia — spełnienie świadczenia sposobem zastępczym z art. 12 dekretu jest jedynie dopuszczalnym sposobem spełnienia świadczenia. Wobec tego słuszne jest zapatrywanie, że powód (wierzyciel), żądając zasądzenia (wyegzekwowania) od pozwanego (dłużnika) należnego świadczenia, i nie wykazując się z uzyskania zezwolenia, godzi się *implicite* na wykonanie świadczenia sposobem zastępczym z art. 12 dekretu. Natomiast dobrowolne spełnienie świadczenia, sposobem zastępczym z art. 12 dekretu, może nastąpić tylko pod warunkiem, jeśli tego wierzyciel zażąda w sposób, nie budzący wątpliwości.

III.

Dochodzimy tedy do następujących wniosków:

1) — Zgodnie z art. 12 ust. 1 dekretu dłużnik, na którym ciąży prywatno-prawny obowiązek spełnienia świadczenia pieniężnego, ograniczonego wymogiem zezwolenia, ma — ze stanowiska reglamentacji dewizowej — prawo spełnienia tego świadczenia przez złożenie go na rachunek zagraniczny zablokowany wierzyciela, a to bez uzyskania zezwolenia.

2) — Przepis art. 12 ust. 2 dekretu dewizowego dotyczy tylko świadczeń pieniężnych, ograniczonych wymogiem zezwolenia dewizowego, podobnie jak przepis art. 12 ust. 1 dekretu. Świadczenia niepieniężne, wymagające zezwolenia dewizowego, wyłączone są z zakresu zastosowania art. 12 dekretu. Dlatego zasądzenie i wyegzekwowanie takich świadczeń niepieniężnych, bez wykazania się powoda (wierzyciela) z uzyskania zezwolenia, nie może nastąpić w żadnym wypadku.

3) — Odnośnie zasądzonych i wyegzekwowanych świadczeń pieniężnych, ograniczonych wymogiem zezwolenia dewizowego, istnieje obowiązek dewizowy złożenia ich na rachunek zagraniczny zablokowany wierzyciela pod sankcją z art. 16 dekretu.

4) — Przepis art. 12 dekretu ma zastosowanie w przypadku stosunku prawnego między wierzycielem, przebywającym za granicą, a dłużnikiem przebywającym w kraju (bez względu na przymiot cudzoziemca dewizowego lub krajowca dewizowego po stronie wierzyciela lub dłużnika) — oraz w przypadku stosunku prawnego między wierzycielem-cudzoziemcem

dewizowym a dłużnikiem-krajowcem dewizowym (bez względu na pobyt wierzyciela lub dłużnika w kraju lub za granicą).

5) — Powód (wierzyciel) żądający zasądzenia (wyegzekwowania) od pozwanego (dłużnika) świadczenia pieniężnego, wymagającego zezwolenia dewizowego, nie musi zgłaszać osobnego wniosku o złożenie świadczenia na rachunek zagraniczny zablokowany wierzyciela. Natomiast dobrowolne spełnienie takiego świadczenia sposobem zastępczym z art. 12 dekretu, nastąpić może tylko pod warunkiem zgłoszenia przez wierzyciela żądania w tym kierunku, w sposób nie budzący wątpliwości.

ANTONI WŁADYSŁAW BARTZ

Przyczynki do wykładni niektórych przepisów kod. zob. o poręczeniu.

I) — Przepisy Kodeksu zobowiązań o poręczeniu (art. 625—643) dadzą się bez trudności zastosować do długów, które w czasie udzielenia poręczenia jeszcze nie istniały lub jeszcze nie były wymagalne.

Do długów, które w czasie dania poręczenia były już wymagalne, tylko niektóre z przepisów Kod. zob. o poręczeniu dadzą się wprost zastosować.

Inne z tych przepisów albo wcale nie będą się do takich długów stosowały (np. art. 627—629, 634 K. z.), albo też z odpowiednimi zmianami.

Do przepisów ostatnio wymienionych należą art. 633 i 637 K. z.

Art. 633 K. z. ma brzmienie następujące:

§ *1. — Jeżeli dłużnik opóźnił się z zapłatą długu, wierzyciel powinien zawiadomić o tym niezwłocznie poręczyciela.*

§ *2. Poręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie, za które poręczył, w ciągu tygodnia od chwili, gdy wierzyciel zawiadomił go o opóźnieniu dłużnika.*

§ *3. W razie spóźnionego zawiadomienia poręczyciel może żądać od wierzyciela naprawienia szkody, jaką wskutek tego poniósł.*

§ *4. Jeżeli poręczyciel zobowiązał się jako poręczyciel solidarny, lub udzielił poręczenia za wynagrodzeniem, winien on na żądanie wierzyciela wykonać zobowiązanie, za które poręczył, z chwilą, gdy stało się wymagalne.*

Dla poręczyciela powstaje obowiązek wykonania zobowiązania dłużnika z chwilą, gdy dłużnik opóźnił się z wykonaniem swego zobowiązania.

Okoliczność, kto i kiedy zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, ma wpływ nie na powstanie zobowiązania poręczyciela, lecz jedynie na jego wymagalność i przedawnialność, oraz na roszczenie odszkodowawcze poręczyciela względem wierzyciela, z przyczyny spóźnionego zawiadomienia poręczyciela o opóźnieniu dłużnika.

O opóźnieniu dłużnika może poręczyciel otrzymać zawiadomienie od wierzyciela, dłużnika lub osoby trzeciej.

Jeżeli poręczyciel dowiedział się o opóźnieniu dłużnika jedynie od niego samego lub od osoby trzeciej, nie ma jeszcze względem wierzyciela obowiązku wykonania zobowiązania dłużnika.

Poręczyciel obowiązany jest wykonać zobowiązanie, za które poręczył, dopiero w ciągu tygodnia od chwili, gdy wierzyciel zawiadomił go o opóźnieniu dłużnika. Zatym dopiero zawiadomienie o opóźnieniu dłużnika, dokonane przez wierzyciela, powoduje wymagalność zobowiązania poręczyciela. Zawiadomienie to spełnia więc takie zadanie, jak wezwanie dłużnika przez wierzyciela do spełnienia świadczenia, może być zatym uważane za swoiste wezwanie do uiszczenia długu.

Zawiadomienie o opóźnieniu dłużnika ma na celu, dać poręczycielowi możność wpłnięcia na dłużnika, by tenże sam dług swój zaspokoił, ewentualnie dać poręczycielowi możność wystarania się o środki płatnicze celem zaspokojenia wierzyciela i dochodzenia zwrotnego roszczenia przeciwko dłużnikowi, zanim jego stosunki majątkowe ulegną pogorszeniu.[1])

Z tych przyczyn, w razie, gdy dłużnik opóźnił się z zapłatą długu, obowiązany jest wierzciel bezzwłocznie zawiadomić poręczyciela o opóźnieniu, gdyż w przeciwnym razie odpowiedzialny jest za szkodę, jaką by poręczyciel mógł ponieść, gdyby wskutek spóźnionego zawiadomienia o opóźnieniu dłużnika nie mógł skutecznie dochodzić zwrotnego roszczenia przeciwko dłużnikowi.

Roszczenie odszkodowawcze poręczyciela względem wierzyciela nie zawsze jednak powstanie, jeżeli wierzyciel spóźni się z zawiadomieniem poręczyciela o opóźnieniu dłużnika.

Jeżeli bowiem poręczyciel zaraz po zajściu wymagalności długu otrzyma wiadomość o opóźnieniu dłużnika, wówczas ma już możność podjąć starania, by dłużnik dług swój zapłacił, lub gdyby te starania nie miały widoków powodzenia, postarać się o środki płatnicze i zaspokoić wierzyciela. Wierzyciel, choćby jeszcze sam nie zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, obowiązany będzie przyjąć świadczenie od poręczyciela, albowiem terminy, określone w art. 633, §§ 1 i 2 K. z., zostały ustanowione na korzyść dłużnika.

---

[1]) Uzasadnienie **Tilla** i **Longchampsa** do art. 326 proj. części szczegółowej Kod. zob.

O ile by wierzyciel nie zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika w ciągu roku, licząc od dnia wymagalności długu, a poręczyciel w tym czasie nie uznał lub dobrowolnie nie zaspokoił zobowiązania dłużnika, zobowiązanie poręczyciela uległoby przedawnieniu (art. 637 k. z.).

II) — Po tych uwagach wstępnych możemy już rozpatrzyć sprawę stosowalności art. 633 k. z. do przypadku, gdy w chwili udzielenia poręki dług był już wymagalny.

Gdyby przy zawarciu umowy poręczenia za dług wymagalny wierzyciel z jakiejkolwiek przyczyny nie zawiadomił poręczyciela, że dług jest wymagalny i że dłużnik opóźnił się już z wykonaniem zobowiązania, byłby obowiązany w myśl art. 633, § 1 k. z., niezwłocznie po zawarciu tej umowy, zawiadomić poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, inaczej bowiem zobowiązanie poręczyciela nie mogłoby się stać wymagalnym. Wierzyciel nie mógłby w takim razie żądać od poręczyciela wykonania zobowiązania dłużnika, a w razie spóźnionego zawiadomienia poręczyciela, odpowiadałby poręczycielowi za szkodę, wyrządzoną przez spóźnione zawiadomienie, o ileby poręczyciel od dłużnika lub osoby trzeciej nie otrzymał wiadomości o spóźnieniu dłużnika.

Gdyby zaś przy zawarciu umowy poręczenia za dług wymagalny, wierzyciel zawiadomił poręczyciela o wymagalności długu i opóźnieniu dłużnika, powstaje kwestia, czy po zawarciu umowy poręczenia wierzyciel obowiązany jest jeszcze po raz drugi zawiadomić poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, czy też bez takiego zawiadomienia może żądać od poręczyciela wykonania zobowiązania dłużnika.

Na poparcie pierwszego z tych poglądów możnaby przytoczyć, że poręczyciel zobowiązany jest wykonać zobowiązanie dłużnika, jeżeli dłużnik go nie wykona, że po zawarciu umowy poręczenia dłużnik może jeszcze wykonać swe zobowiązanie i że wobec tego wierzyciel powinien zawiadomić poręczyciela, iż również po zawarciu umowy poręczenia dłużnik nie wykonał swego zobowiązania.

Jednakże okoliczność, że dłużnik mógłby jeszcze wykonać swe zobowiązanie, z którym się już opóźnił, nie ma rozstrzygającego znaczenia. Jeżeli wierzyciel zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, może poręczyciel wykonać zobowiązanie, za które poręczył, w ciągu tygodnia od chwili otrzymania zawiadomienia o opóźnieniu dłużnika. W tym czasie może jednak dłużnik jeszcze wykonać swe zobowiązanie. Gdyby ta możność miała znaczenie prawne, należałoby żądać, by wierzyciel po upływie tego tygodnia ponownie zawiadomił poręczyciela o opóźnieniu dłużnika. Takie powtórne zawiadomienie nie jest jednak w k. z. przewidziane. Wobec tego i w przypadku, gdy przy zawarciu umowy poręczenia wierzyciel zawiadomił poręczyciela o wymagalności poręczonego długu i o opóźnieniu

dłużnika, niema potrzeby o tym ponownie poręczyciela.

Poręczyciel, który wie, że dług, za który poręczył, jest już wymagalny i że dłużnik opóźnił się z jego zapłatą, musi się liczyć z obowiązkiem zapłaty tego długu w najbliższej przyszłości. K. z. zakreśla do dokonania tej zapłaty termin tygodniowy, który w tym przypadku liczyć się będzie od zawarcia umowy poręczenia.

Gdyby poręczyciel termin ten uważał za krótki, może w porozumieniu z wierzycielem przy zawarciu umowy poręczenia lub później termin ten przedłużyć.

III) — Art. 637 k. z. opiewa:

„Zobowiązanie poręczyciela przedawnia się z upływem roku od dnia wymagalności długu, za który poręczył. Przepis ten nie dotyczy poręczyciela, który zobowiązał się odpowiadać jako poręczyciel solidarny lub udzielił poręczenia za wynagrodzeniem“.

Przepis ten bez żadnych trudności da się zastosować do długów, które w chwili poręczenia jeszcze nie istniały, lub jeszcze nie były wymagalne.

Jeżeli jednak w chwili poręczenia dług był już wymagalny, przepis ten tylko wyjątkowo będzie się wprost odnosił do takiego długu. Możliwe to będzie np. w przypadku, gdy dług będzie poręczony w dniu jego wymagalności.

Gdyby jednak dług płatny był np. dnia 1 lipca 1937, a poręczenia za ten dług udzielono dnia 2 lipca 1938, stosując wprost przepis art. 637 k. z., doszlibyśmy do wyniku, że dla poręczyciela zobowiązanie powstało wprawdzie dnia 2 lipca 1938, lecz przedawniło się jeszcze przed jego powstaniem. A ponieważ wynik ten byłby niedorzeczny, przeto nie można do długów, które w chwili udzielenia poręczenia były już wymagalne, wprost stosować przepisu art. 637 k. z.

Jednak i do takich długów musi się stosować jednoroczny termin przedawnienia, gdyż ten krótki termin przedawnienia wprowadzony został dlatego,[2]) aby wierzyciel nie zwlekał z wykonywaniem praw nabytych z umowy poręczenia wobec poręczyciela i nie utrudniał poręczycielowi dochodzenia roszczenia zwrotnego względem dłużnika, którego stosunki majątkowe w razie opieszałego ściągania należności wierzyciela mogłyby ulec pogorszeniu, a te względy zachodzą również w przypadku, gdy poręczyciel udzielił poręczenia za dług, który w chwili udzielenia poręczenia był już wymagalny.

Wobec tego przepis art. 637 k. z. musi stosować się i do takiego długu, jednak nie wprost, lecz tylko odpowiednio.

IV) — Ponieważ, o ile chodzi o taki dług, początek jednorocznego terminu przedawnienia nie może być liczony od dnia

---

[2]) Uzasadnienie Tilla i Longchampsa do art. 330 proj. części szczeg. Kod. zob.

wymagalności długu, przeto za ten początek musi być przyjęte inne zdarzenie.

Przy poręczeniu za dług jeszcze nie istniejący, lub jeszcze nie wymagalny, przyjął k. z. za początek jednorocznego terminu przedawnienia dzień wymagalności długu — dlatego, ponieważ już z upływem tego dnia wierzyciel może działać przeciwko poręczycielowi, a w szczególności może zawiadomić poręczyciela o opóźnieniu dłużnika, tudzież spowodować, że zobowiązanie poręczyciela stanie się wymagalne w ciągu tygodnia od dokonania tego zawiadomienia.

Jeżeli w chwili udzielenia poręki dług był już wymagalny, a wierzyciel w tej chwili nie zawiadomił poręczyciela o wymagalności długu i opóźnieniu dłużnika, może to uczynić zaraz po zawarciu umowy poręczenia i wywołać skutki, określone w art. 633 § 2 k. z.

Gdyby zaś przy udzielaniu poręki za dług wymagalny wierzyciel zawiadomił poręczyciela o wymagalności długu i opóźnieniu dłużnika, mógłby również zaraz po zawarciu umowy poręczenia ponownie zawiadomić o tym poręczyciela, chociaż to zawiadomienie nie jest potrzebne do wywołania powyższych skutków, gdyż już pierwsze zawiadomienie spowoduje te skutki. Z tego wynika, że zawarcie umowy poręczenia jest tym zdarzeniem, od którego wierzyciel może przeciwko poręczycielowi rozwinąć działalność celem dochodzenia swej należności.

Zatym w przypadku, gdy poręczyciel udzielił poręczenia za dług wymagalny, początek jednorocznego terminu do przedawnienia zobowiązania dłużnika należy liczyć od dnia zawarcia umowy poręczenia.

Gdyby jednak w tym przypadku wierzyciel i poręczyciel umówili się, że pierwszy będzie miał prawo żądać od drugiego wykonania zobowiązania dłużnika w terminie późniejszym, niż określony w art. 633 § 2 k. z., bieg przedawnienia musiałby być liczony od tego terminu, a nie od dnia zawarcia umowy poręczenia, gdyż *agere non valenti non currit praescriptio.*

V) — Może się zdarzyć, że umowa poręczenia doszła do skutku w chwili, gdy zobowiązanie dłużnika było już przedawnione.

Jeżeli zobowiązanie dłużnika ulega przedawnieniu dwudziestoletniemu, do rzadkości należeć będzie przypadek udzielenia poręczenia za takie zobowiązanie, po dokonaniu przedawnienia, albowiem mało jest prawdopodobne, by wierzyciel dopiero po upływie tak długiego okresu czasu zabiegał o zabezpieczenie swej wierzytelności.

Gdy jednak zobowiązanie dłużnika przedawnia się w krótszym okresie czasu, może się łatwo zdarzyć, że wierzyciel już po upływie okresu przedawnienia zażąda poręczenia i je otrzyma. W takim razie wierzyciel i poręczyciel nie zawsze nawet będą mieli świadomość, że umowa poręczenia odnosi się do długu

przedawnionego. Podmioty umowy poręczenia mogą bowiem nie być obznajomione z przepisami kod. zob. o przedawnieniu i mogą nie wiedzieć, że dług dłużnika uległ już przedawnieniu, albo też mogą być błędnego zdania, że zaszła przerwa lub zawieszenie biegu przedawnienia.

Możliwe jest jednak, że wierzyciel i poręczyciel mają świadomość, ze dług dłużnika uległ już przedawnieniu, a mimo to poręczyciel świadomie daje, a wierzyciel świadomie przyjmuje poręczenie za dług przedawniony.

Zobowiązanie przedawnione należy otóż do *zobowiązań niezupełnych,* i powstaje przeto pytanie, jakie skutki prawne wywołuje poręczenie za zabowiązanie, które wskutek przedawnienia stało się niezupełnym?

Aby dać odpowiedź na to pytanie, musimy rozważyć istotę i skutki przedawnienia i poręczenia.

Dłużnik otóż może uchylić się od świadczenia, gdy powoła się na upływ czasu, pociągający za sobą według ustawy przedawnienie wierzytelności (art. 273, § 1 kod. zob.). Sąd zaś nie może z urzędu uwzględnić przedawnienia (art. 273, § 2 k. z.).

Dłużnik musi zatym zarzut przedawnienia zgłosić, jeżeli chce, by sąd zarzut ten rozpatrzył i zwolnił dłużnika od świadczenia. Zgłoszenie zarzutu przedawnienia zależy w zupełności od woli dłużnika. Dłużnik może więc tym zarzutem dowolnie rozporządzać, a w szczególności także po dokonaniu przedawnienia go się zrzec,[3]) bądź to wyraźnie, bądź też dorozumianie. Zrzeczenie się zarzutu przedawnienia będzie np. dorozumiane, jeżeli dłużnik świadomie zaniechał zgłoszenia tego zarzutu w procesie o zaspokojenie wierzytelności lub w pewnych przypadkach,[4]) uznanie długu.

Jeżeli trzeci udzielił poręczenia za dług przed jego przedawnieniem, to dłużnik może, po dokonaniu przedawnienia co do swej osoby, zrzec się zarzutu przedawnienia — wyraźnie lub dorozumianie. Takie zrzeczenie się jednak nie wywiera żadnego wpływu na obowiązki poręczyciela, albowiem:

a) poręczycielowi służą przeciwko wierzycielowi wszelkie zarzuty, jakie mógł podnieść dłużnik, a więc także i zarzut przedawnienia (art. 635 § 1 k. z.);

b) poręczyciel nie traci prawa podniesienia zarzutów, chociażby dłużnik zrzekł się tego prawa wobec wierzyciela albo roszczenia wierzyciela uznał (art. 635, § 2 k. z.);

c) czynność prawna, zdziałana przez dłużnika z wierzycielem po udzieleniu poręczenia, nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela (art. 632, § 2 k. z.);

---

[3]) Zrzeczenie się prawa korzystania z przedawnienia, dokonane przed upływem terminu przedawnienia, jest nieważne (art. 274 K. z.).

[4]) Korzonek-Rosenblüth: Kodeks Zobowiązań I, str. 611.

d) o rozciągłości zobowiązania poręczyciela, rozstrzyga każdoczesny stan zobowiązania dłużnika (art. 632, § 1 k. z.).

Choćby zatym dłużnik po dokonaniu przedawnienia wyraźnie lub milcząco zrzekł się wobec wierzyciela zarzutu przedawnienia, to poręczyciel będzie mógł skutecznie przeciwstawić ten zarzut wierzycielowi.

Zrzeczenie się tego zarzutu przez dłużnika wtedy tylko wiązałoby poręczyciela, gdyby tenże udzielił poręki za dług, który uległ już przedawnieniu, dopiero po zrzeczeniu się zarzutu przedawnienia prze dłużnika, gdyż — z chwilą zrzeczenia się zarzutu przedawnienia — dług, który od czasu dokonania przedawnienia był zobowiązaniem niezupełnym, stał się napowrót zobowiązaniem zupełnym, a poręczenie za dług zuepłny jest również zobowiązaniem zupełnym.

Zasady tej nie można oczywiście stosować do przypadku, gdy poręczyciel udzielił poręczenia w chwili, gdy dług był już przedawniony, a dłużnik ani wyraźnie, ani dorozumianie — najpóźniej w czasie zawarcia umowy poręczenia — nie zrzekł się zarzutu przedawnienia.

W takim razie należy odróżnić, czy wierzyciel i poręczyciel, lub przynajmniej poręczyciel, nie mieli, czy też mieli świadomość, że poręczony dług jest przedawniony.

Jeżeli tedy w chwili poręczenia wierzyciel i poręczyciel, lub choćby tylko poręczyciel, nie mają świadomości, że dług poręczony jest przedawniony, to poręczyciel nie mógł ani wyraźnie, ani dorozumianie zrzec się zarzutu przedawnienia, o którym nie miał wiadomości. Gdyby zatym wierzyciel zapozwał go o zapłatę przedawnionego długu, poręczyciel będzie mógł skutecznie przeciwstawić powyższy zarzut wierzycielowi. Gdyby zaś poręczyciel z niedbalstwa lub rozmyślnie zaniechał podniesienia świadomego mu zarzutu przedawnienia, i dopełnił zobowiązania wobec wierzyciela, a następnie zażądał zwrotu spełnionego świadczenia od dłużnika, który wobec nikogo nie zrzekł się zarzutu przedawnienia, mógłby dłużnik wobec poręczyciela skutecznie wystąpić z zarzutem przedawnienia *(arg. a contr.* z art. 638, § 2 k. z.).

Jeżeli zaś wierzyciel i poręczyciel, lub przynajmniej poręczyciel, w chwili dania poręczenia mieli świadomość, że poręczony dług jest przedawniony, skutki takiego poręczenia mogą być odmienne, niż w poprzednim przypadku.

Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się wprawdzie względem wierzyciela w przypadku, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał, do wykonania zobowiązania dłużnika, jednak tylko w granicach odpowiedzialności dłużnika, gdyż o rozciągłości zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdoczesny stan zobowiązania dłużnika (art. 632, § 1 kod. zob.).

VI) — Trzeci, któryby przyjął odpowiedzialność za zobowiązanie głównego dłużnika w szerszych rozmiarach, niż dłużnik, nie byłby już poręczycielem, lecz samoistnym dłużnikiem, a jego zobowiązanie, o ileby wychodziło poza granice zobowiązania dłużnika głównego, nie byłoby już poręczeniem, lecz zobowiązaniem samoistnym.

Jeżeli tedy poręczyciel poręczył za dług warunkowy, to tylko w takim razie odpowiada z tytułu poręczenia za ten dług, jeżeli warunek się ziścił. Gdyby trzeci w tym przypadku zobowiązał się do bezwarunkowego wykonania zobowiązania, lub — gdyby spełnił świadczenie mimo, że warunek się nie ziścił — nie mógłby na podstawie przepisów o poręczeniu żądać od dłużnika głównego zwrotu tego, co uiścił wierzycielowi.

Gdy zobowiązanie zupełne się przedawniło, spełnienie jego zależy w całości od woli dłużnika, a tym samym przemienia się ono w zobowiązanie, ograniczone warunkiem, którym jest wola dłużnika.

Trzeci, udzielając poręki za zobowiązanie przedawnione, zasadniczo odpowiada za to, że dłużnik wypełni zobowiązanie tylko wtedy, gdy zechce. Gdyby taki wierzyciel na podstawie poręczenia, udzielonego w chwili, gdy zobowiązanie dłużnika było już przedawnione, zapozwał poręczyciela o wykonanie zobowiązania, poręczyciel będzie mógł na podstawie art. 635 kod. zob. zarzucić, że zobowiązanie zależne jest od woli dłużnika, że dłużnik nie chce go spełnić i nie może być wbrew swej woli zmuszony do jego spełnienia, i że wobec tego i poręczyciel nie odpowiada w szerszych granicach, niż dłużnik.

Z zarzutu tego nie mógłby poręczyciel wtedy tylko korzystać, gdyby wyraźnie albo też w sposób dorozumiany tego zarzutu się zrzekł, przy daniu poręczenia za dług przedawniony lub też później, wobec wierzyciela.

Udzielenie poręki za dług już przedawniony, samo przez się nie może być uważane za dorozumiane zrzeczenie się zarzutu przedawnienia, gdy możliwe jest, że trzeci dał poręczenie w przeświadczeniu, iż dłużnik nie skorzysta z zarzutu przedawnienia i sam zapłaci dług przedawniony, że trzeci ze względu np. na bliskie stosunki, łączące go z wierzycielem, nie mógł odmówić udzielenia poręczenia, którego wierzyciel zażądał, lecz nie miał zamiaru zrzekać się zarzutów, które dłużnik mógł przeciwstawić wierzycielowi itd. W pewnych okolicznościach jednak także i udzielenie poręczenia może być uważane za dorozumiane zrzeczenie się zarzutu przedawnienia, np. jeżeli poręczyciel — dając poręczenie za dług przedawniony — oświadcza wierzycielowi, że uczyni to dlatego, aby go uchronić od straty, itp.

Gdyby poręczyciel — udzielając poręczenia za dług, o którym wiedział, że jest przedawniony — wyraźnie lub dorozumianie zrzekł się zarzutu przedawnienia i zaspokoił wierzyciela, to w ogólności nie mógłby zwrotu świadczenia, uiszczonego wierzy-

cielowi, żądać od dłużnika, bo ten może przeciwstawić poręczycielowi wszystkie te zarzuty, które służą mu przeciwko wierzycielowi, a więc także i zarzut przedawnienia.

Tylko w takim razie, gdyby dłużnik — przy udzieleniu poręczenia lub później — zrzekł się wobec poręczyciela zarzutu przedawnienia, mógłby poręczyciel żądać od dłużnika zwrotu świadczenia, uiszczonego wierzycielowi na zaspokojenie długu, który w chwili udzielenia poręczenia był już przedawniony.

Dochodzimy zatym do wniosku, że: jeżeli trzeci udzielił poręczenia za dług, który w czasie udzielenia poręczenia był już przedawniony, a więc niezupełny, wówczas z takiego poręczenia powstają dla poręczyciela w stosunku do wierzyciela, a niemniej też i dla dłużnika w stosunku do poręczyciela wogólności zobowiązania niezupełne, a tylko w szczególnych przypadkach zobowiązania zupełne.

Adw. JERZY JODŁOWSKI
Warszawa.

Zakres niezaskarżalności postanowienia sądu o wyznaczeniu sędziego polubownego lub przewodniczącego sądu polubownego z mocy art. 485 kpc.

Postanowienie Sądu państwowego, wyznaczające z mocy art. 485 § 1 KPC. na wniosek strony wzywającej sędziego polubownego lub przewodniczącego sądu polubownego, wówczas gdy wezwany nie wyznaczył w terminie sędziego polubownego, albo gdy sędziowie nie zgodzili się na wybór przewodniczącego — ma dwojaki charakter: po pierwsze zawiera nominację określonej osoby na dane stanowisko w sądzie polubownym, powtóre zaś zawiera pozytywne rozstrzygnięcie w samej zasadzie kwestii, że uprawnienie do wyznaczenia osoby sędziego polubownego lub przewodniczącego sądu polubownego przeszło na sąd państwowy. Gdy ten ostatni sąd oddala wniosek o wyznaczenie sędziego polubownego, wydaje wówczas postanowienie, wyraźnie rozstrzygające negatywnie kwestię możliwości ingerencji sądu państwowego. Gdy wniosek strony uwzględnia, wówczas rozstrzyganie samej zasady wyraźnym postanowieniem jest zbędne, wystarcza postanowienie wyznaczające wprost sędzią polubownym lub

przewodniczącym sądu polubownego określoną osobę, gdyż w wyznaczeniu takim zawiera się *à fortiori* uznanie, iż uprawnienie do wyznaczenia sędziego polubownego z mocy art. 485 § 1 przeszło na sąd państwowy. Tym nie mniej postanowienie sądu, wyznaczające sędziego polubownego ma zawsze ów podwójny charakter, o jakim mowa wyżej: rozstrzyga zasadę zastosowania art. 485 i kwestię nominacji personalnej, jako wtórną.

Zresztą może mieć miejsce rozdzielenie tych dwóch momentów i wydanie przez sąd państwowy dwóch odrębnych postanowień: jednego, uznającego właściwość sądu państwowego do wyznaczenia sędziego polubownego, o ile były zgłoszone zarzuty strony wezwanej, kwestionujące to uprawnienie, i drugiego, wyznaczającego na dane stanowisko w sądzie polubownym określoną osobę.

Przepis art. 485 § 2 głosi, iż od wyznaczenia sędziego polubownego i przewodniczącego niema zażalenia. Powstaje kwestia, czy na postanowienie zapadające na skutek wniosku strony wzywającej, zgłoszonego w trybie art. 485 § 1, nie przysługuje zażalenie w ogóle, czy też niema zażalenia na „wyznaczenie sędziego polubownego" *sensu stricto*, tj. na tę część postanowienia, która zawiera w sobie nominację personalną, z tym, że przepis § 2 art. 485 nie odnosi się do tej części postanowienia, która rozstrzyga samą zasadę, iż prawo nominacji sędziego polubownego przeszło na sąd państwowy.

Na tle procedury austriackiej, która zawierała normę analogiczną do art. 485 KPC, stanowiąc w § 582 in fine, że uchwała sądu *„zapadła na taki wniosek* (scil. wniosek strony wzywającej o wyznaczenie arbitra), *nie ulega zaskarżeniu środkiem prawnym"*, rozróżniano ten dwoisty charakter uchwały sądowej, o jakim mowa wyżej, i choć brzmienie cytowanego przepisu wskazywałoby raczej na to, iż przepis ten stosuje się do uchwały sądu jako całości, to jednak praktyka poszła po linii dopuszczalności środka prawnego przeciwko tej części uchwały, którą przyjęto, że prawo nominacji sędziego polubownego przeszło na sąd państwowy, wykluczenia zaś zaskarżalności tej części uchwały, którą wyznaczono arbitrem określoną osobę.

Przepisy KPC. w tym względzie nie różnią się w zasadzie od normy § 582 proc. austr., to też i rozstrzygnięcie omawianej kwestii musi być podobne. Że taka właśnie była intencja ustawodawcy, świadczą wyraźnie motywy referenta Komisji Kodyfikacyjnej, prof. M. Allerhanda, do działu o sądach polubownych, który pisał: „Od zamianowania sędziego nie powinien być dopuszczalny środek prawny... rozumie się, że nie może to dotyczyć tej części uchwały, którą przyjęto, że prawo nominacji sędziego przeszło na sąd; przeciwnik

więc może się żalić na uchwałę sądową, jeżeli podniósł, że nie zachodzą wymogi sądowego oznaczenia sędziego polubownego, a sąd tego zarzutu nie uwzględnił"[1]).

Za dopuszczalnością zażalenia na postanowienie sądu, w części dotyczącej omawianej materii, przemawiają nie tylko przytoczone motywy do projektu referenta Kom. Kod., wykazujące, jakie były intencje twórców ustawy, ale także wzgląd na celowość odnośnych przepisów. O ile bowiem wyznaczenie sędzią polubownym lub przewodniczącym określonej osoby, jako kwestia czysto personalna, nie wymaga dwóch instancji, o tyle przy rozstrzyganiu, czy zachodzą warunki dopuszczające ingerencję sądu państwowego, a więc kwestii prawnej, która może być wysoce sporna i która dotyczy bardzo ważnej sfery uprawnień strony, powinno być stronie umożliwione odwołanie do II instancji. Jest to tym bardziej konieczne, o ile przyjąć, iż wniosek o zamianowanie sędziego polubownego może być rozstrzygnięty przez sąd bez wyznaczenia rozprawy, a co więcej nawet, bez zażądania od strony wezwanej wyjaśnień na piśmie[2]).

Otwiera się tu bowiem pole do nadużyć strony, działającej w złej wierze. Zdarzyć się może, iż wezwanie wystosowane przez jedną ze stron do drugiej o mianowanie sędziego polubownego, dotknięte będzie istotnymi wadami formalnymi, i że, jako wystosowane nieprawidłowo, nie będzie mogło wywołać skutku prawnego w postaci obowiązku drugiej strony do wyznaczenia arbitra. Gdy strona wzywająca — możliwe, iż działając w złej wierze — zwróci się do sądu państwowego o zamianowanie sędziego polubownego w trybie art. 485, strona przeciwna, w razie rozpoznania wniosku bez rozprawy i bez żądania od niej wyjaśnień na piśmie, a więc w ogóle bez jej udziału i poza jej świadomością, nie mogła by złożyć odpowiednich oświadczeń i zarzutów, i pozbawiona byłaby całkowicie możności obrony.

Zresztą, gdyby nawet wyjaśnienia wniosła, a istniał spór co do możliwości zastosowania art. 485, to wzgląd na ekonomię procesową każe przyjąć, iż słusznym jest, aby ta kwestia została rozpoznana przez 2 instancje. Jeśli bowiem sąd I instancji nie uwzględni zarzutów strony wezwanej co do braku wymogów zastosowalności art. 485, albo w ogóle nad kwestią tą nie będzie się zastanawiał, gdyż zarzuty dla braku rozprawy i zażądania pisemnych wyjaśnień nie będą mogły być zgłoszone, a zażalenie w omawianej kwestii nie miałoby służyć, wówczas wytworzyłaby się sytuacja taka, iż strona wezwana

[1]) **Polska Procedura Cywilna**, Projekty referentów, Kraków 1921, tom II., str. 188.

[2]) **J. J. Litauer**: Komentarz do procedury cywilnej, W-wa 1933, uw. 3 do art. 485.

zmuszona byłaby wdać się w spór merytoryczny przed sądem polubownym, prowadzić proces — być może długotrwały, zawiły i kosztowny — zupełnie bezużytecznie, gdyż niewątpliwie orzeczenie sądu polubownego, w którego składzie zasiadałby sędzia mianowany przez sąd państwowy, mimo braku warunków do takiej nominacji, mogłoby być następnie uchylone w drodze skargi z art. 503 § 1 p. 3[3]). Podobna możliwość prowadzenia podwójnego postępowania przed sądem polubownym, która wynikałaby tylko z braku dalszej instancji przy rozstrzyganiu wniosku a mianowanie arbitra, narusza tak oczywiście zasadę ekonomii procesowej, że jest nie do przyjęcia, i dlatego należy przyjąć, że postanowienie sądu uznające, iż zachodzą warunki jego ingerencji przy mianowaniu sędziego polubownego, nie może pozostać niezaskarżalnym.

Zauważyć dalej należy, że skoro, jak zaznaczono wyżej — sąd, załatwiając wniosek strony wzywającej, zgłoszony z mocy art. 485, może rozstrzygnąć go dwoma oddzielnymi postanowieniami, z których jedno zawierać będzie uznanie, iż prawo nominacji przeszło na sąd państwowy, a drugie wyznaczać będzie arbitrem określoną osobę, to nie ulega wątpliwości, iż w takim przypadku pierwsze z tych postanowień nadaje się do zaskarżenia w każdym razie; § 2 art. 485 mówi o niedopuszczalności zażalenia na „wyznaczenie sędziego polubownego i przewodniczącego“ — wyznaczenie zaś zawiera się w drugim postanowieniu; pierwsze zatem postanowienie nie może podpaść pod przepis § 2 art. 485, który — jako zawierający ograniczenie praw strony — należy tłumaczyć ścieśniająco. Skoro zaś uznanie przez sąd państwowy, iż zachodzą warunki jego ingerencji przy mianowaniu sędziego polubownego, podlegałoby zaskarżeniu, o ile sąd wydałby co do tego oddzielne postanowienie, to niema żadnej racji, ani logicznej ani prawnej, która nakazywałaby wykluczyć zażalenie wtedy, gdy odnośne rozstrzygnięcie sądu połączone będzie w jednym postanowieniu z wyznaczeniem osoby arbitra. Prawa strony nie mogą być ograniczone na skutek tego, iż sąd przyjmie inną redakcję załatwienia sporu. Postanowienie bowiem sądu, wyznaczające sędziego polubownego, choćby zredagowane w formie: „Sąd postanowił wyznaczyć sędzią polubownym do sprawy takiej a takiej X-a“, zawiera w sobie zawsze nie tylko nominację *ad personam*, lecz również — i przede wszystkim — rozstrzyga spór w kwestii, czy zachodzą warunki ingerencji sądu państwowego.

Tak więc zarówno względy celowości jak i wyraźna intencja ustawodawcy, jak wreszcie porównanie z poprzednio obo-

[3]) **J. J. Litauer:** l. c. uw. 6 do art. 485; — **M. Allerhand:** Kod. Post. Cyw. uw. do art. 492, (obecnie 485).

wiązującymi przepisami procedury austriackiej, prowadzą do wniosku, że postanowienie sądu o wyznaczeniu sędziego polubownego nie ulega zaskarżeniu jedynie w części, dotyczącej wyznaczenia tym sędzią określonej osoby, może zaś być zaskarżone, o ile dotyczy uznania, że zachodzą warunki dopuszczające ingerencję sądu państwowego.

Z wydawnictw nadesłanych.

— **Seweryn Rosmarin: Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw. — Konkubinat.** Studia nad zagadnieniami dobrych obyczajów w prawie prywatnym, Tom 1-szy. — Kraków, 1938, Księgarnia powszechna, str. XIV. i 277. **(Biblioteka umiejętności prawnych i politycznych, Tom 4-ty).**

I. Książka obejmuje trzy prace. Wiążą się one ze sobą, bo **druga** zajmuje się kwestią zasadniczą, to jest **pojęciem dobrych obyczajów** i porusza także zagadnienia, o których mowa w **pierwszej** i **trzeciej**, a mianowicie: czy pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw poniża w opinii publicznej, ale mimo to uważane jest za czynność moralną — czy zawarcie małżeństwa przez osobę, pochodzącą ze sfer wyższych z osobą ze sfer niższych i nadomiar brzyką i głupią, jest moralne, jeżeli nastąpiło wyłącznie dla pieniędzy — czy przyrzeczenie wynagrodzenia opuszczonej towarzyszki życia z posagu żony narusza poglądy etyczne, itp

Autor podaje zapatrywania, jakie objawiono co do pojęcia dobrych obyczajów Jest zdania, że o tym, co jest moralne, **nie rozstrzyga subiektywny pogląd sędziego, lecz miarodajną jest opinia publiczna**, nie zaś opinia poszczególnych grup społecznych, więc kupców, lekarzy, adwokatów, itp., gdy chodzi o to, czy ich czynność uznać należy jako prawnie skuteczną. Tylko wtedy uwzględnia **opinię danej sfery**, gdy jest ostrzejsza od opinii publicznej, a oprócz tego **opinię danej klasy** uznaje za rozstrzygającą, gdy nie wszystkie warstwy pewne zjawisko oceniają jednakowo.

Polemizując z zapatrywaniami poszczególnych autorów, występuje przeciw zdaniu, że dobre obyczaje należy identyfikować z **„naturalnymi zasadami prawnymi“**, o których mowa w § 7 k. c. a. Nie pomija też stanowiska prawników **narodowo-socjalistycznych**, dla których pojęcie dobrych obyczajów jest równoznaczne z **wolą wodza.**

Mając ocenić, czy pewien stosunek prawny odpowiada dobrym obyczajom, powinien sędzia, zdaniem autora, **zbadać opinię ogółu**, i w tym celu nawet **przesłuchać biegłych.** Zapatrywanie, do jakiego dochodzi, stawia na równi z **zasadą doświadczenia**, i z tego powodu przyjmuje, że wadliwe **zastosowanie** pojęcia dobrych obyczajów stanowi **podstawę kasacyjną.**

Wychodząc z założenia, że **opinia publiczna** rozstrzyga o tym, czy czynność pozostaje **w sprzeczności z dobrymi obyczajami**, autor zarzuca **pogląd obiektywny**, przyjęty w prawie **niemieckim**, ale także nie całkiem zgadza się z zapatrywaniem, jakie wypowiedziano **w prawie francuskim**, a mianowicie ze stanowiskiem **subiektywnym.** Przyjmuje w szczególności **dla prawa polskiego**, że rozstrzyga nie tylko **treść** i bezpośredni **cel umowy**, ale także **cel ostateczny**, a więc pobudka działania, określona poglądami ogółu. Podnosi to także odnośnie **oderwanych czynności prawnych**, ale z ograniczeniem ze względu na dobrą wiarę osób trzecich. Również przyjmuje, że — w razie sporządzenia **dokumentu** — dopuszczalny jest **dowód ze świadków i z przesłuchania stron** na stwierdzenie okoliczności, wykluczających sprzeczność czynności z dobrymi obyczajami.

II. Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw jest objawem, z którym spotykamy się od dawna, a także w obecnych czasach nie należy ono do rzadkości. Dowodem tego nie tylko liczne **ogłoszenia** w pismach i **biura pośrednictwa** małżeństw, lecz także **orzeczenia** sądów rozmaitych krajów. Prawnik nie może więc pominąć kwestii, czy **ważną jest umowa**, zawarta z **pośrednikiem małżeńskim**, a zatem, czy może on domagać się wynagrodzenia i zwrotu wydatków.

W książce, w nagłówku wymienionej, autor omawia **przepisy**, dotyczące ważności umowy o pośrednictwo przy zawieraniu małżeństwa, mieszczące się w rozmaitych ustawach, **orzecznictwo i literaturę**, a następnie zajmuje się **prawem polskim**, które — w przeciwieństwie do prawa austriackiego i niemieckiego — nie zawiera żadnego przepisu.

Uwzględniając wszystkie argumenty, które przemawiają **za** ważnością i **przeciw** ważności umowy, albo tylko **zaskarżalności roszczenia**, zajmuje stanowisko **pośrednie**. W zasadzie nie uważa umowy za sprzeczną z dobrymi obyczajami, a tylko wtedy nadaje jej tę cechę, gdy pośrednik ma sprowadzić małżonka byle jakiego stanu, charakteru itp. Umowę uważa więc za **ważną**, jeżeli pośrednik wskaże pewną osobę, i jeżeli nie zachodzi motyw **wyłącznie** majątkowy.

W toku swoich wywodów zbija autor pogląd, jakoby pośrednik zawsze nieodpowiednio wpływał na wolną wolę małżonków. Rozbiera też kwestię, czy **opinia publiczna** przemawia za niemoralnością pośrednictwa, i czy **obecne stosunki gospodarcze** czynią koniecznym uciekanie się do pośredników dla wyszukania odpowiedniego małżonka.

Stanowisko zajęte przez autora jest **słuszne**. Trudno bowiem w każdym przypadku pośrednictwa dopatrzeć się działania niemoralnego. Nie każdy pośrednik ma też wyłącznie swój interes na oku. Całkiem ogólne rozwiązanie jest więc niemożliwe; jako **zasadę należy** jednak uznać **ważność umowy**, a nieważność przyjąć **jedynie** wtedy, gdy tak osoba, która udziela zlecenia, jak i pośrednik powodują się **niskimi motywami**. Nie można też czynić różnicy między przypadkiem, w którym wynagrodzenie ma być uiszczone w razie **dojścia do skutku** małżeństwa. a przypadkiem, w którym przyrzeka się je za samo **wskazanie osoby**, z którą małżeństwo ma być zawarte, a zatem **wynagrodzenie nie jest zawisłe od zawarcia małżeństwa**. Również bez doniosłości powinno pozostać, czy działalność pośrednika ogranicza się do wskazania osoby małżonka, czy też rozciąga się także na staranie się o zawarcie małżeństwa albo o usunięcie przeszkód, jakie zachodzą.

Nie tylko jednak kwestią zasadniczą zajmuje się autor, lecz także **zagadnieniami szczegółowymi**. Omawia pytanie, czy ze stanowiska, że umowa jest nieważna, można od pośrednika żądać **zwrotu zapłaconego mu wynagrodzenia**, dalej kwestię **wysokości** wynagrodzenia i dopuszczalności obniżenia sumy umówionej w nadmiernej wysokości, wreszcie pytanie, czy pośrednik może żądać **zwrotu wydatków**, która to kwestia jest aktualną wtedy, gdy umowę o pośrednictwo uznaje się za nieważną Także z tego stanowiska nie podobna pośrednikowi odmawiać prawa do zwrotu poczynionych wydatków, zwłaszcza wtedy, gdy chodzi o czynności w celu doprowadzenia do małżeństwa z pewną oznaczoną osobą, albo z osobą z pewnych sfer.

W osobnym wstępie jest rozpatrywana kwestia **ogłoszeń matrymonialnych**. Autor wskazuje na to, że w wielu przypadkach przyczyniły się one do popełnienia zbrodni, w innych prowadzą do nadużyć, ale często umożliwiają zawarcie dobranego małżeństwa. Ze stanowiska prawa cywilnego uważa walkę z inseratami za niemożliwą, z czym należy się zgodzić, bo tylko **w drodze administracyjnej** możnaby wystąpić przeciwko ogłoszeniom, wątpić jednak należy, czy i ta droga jest celowa.

Orzeczenia niektórych sądów, a także jednego wyroku naszego Sądu **Najwyższego**, z r. 1937, dają autorowi powód do osobnego omówienia pośrednictwa przy zawieraniu **małżeństw u żydów**. Słusznie autor podnosi, że w dzisiejszych stosunkach brak podstawy do odmiennego traktowania tego pośrednictwa, chociaż w życiu najczęściej można się z nim spotkać.

Wyniki pracy są całkiem odpowiednie i słuszną jest polemika z orzecznictwem oraz głosami literatury, które umowę pośrednictwa przy zawarciu małżeństwa uważają za sprzeczną z dobrymi obyczajami.

Zaznaczyć należy, że już po ogłoszeniu pracy autora wydano **rozporządzenie o konieczności koncesji dla biur matrymonialnych,** co jest dowodem, że pośrednictwo nie jest czynnością sprzeczną z porządkiem publicznym. Ogłoszono też **dwa dalsze orzeczenia** Sądu Najwyższego, które — tak samo, jak trzy uwzględnione przez autora — umowę o pośrednictwo przy zawarciu małżeńtwa uznają za **nieważną.**

III. W pracy trzeciej omawia autor **konkubinat.** Odróżnia go od stosunku przejściowego, a także od stałego, który jednak nie jest naśladownictwem małżeństwa. Podaje przyczyny, dla których dwie osoby rozmaitej płci nie zawierają ze sobą małżeństwa, lecz trwale żyją razem ze sobą tak, jak małżonkowie. Dzieje się to często ze względu na **koszty,** połączone ze ślubem, a także dla zachowania **posady,** bo niektóre przedsiębiorstwa zwalniają mężatki, aby więc zachować posadę, pracownice nie zawierają małżeństwa, lecz żyją w konkubinacie. — Ale i inne względy powodują wspólne pożycie jak nierówność społeczna mężczyzny i kobiety, różnica **wyznania lub rasy** co, jak autor słusznie podnosi, obecnie zwłaszcza może się zdarzyć **w Niemczech,** wobec ustaw norymberskich o „czystości krwi niemieckiej". Na współżycie w konkubinacie wpływają także przeszkody małżeńskie, a zwłaszcza **nierozerwalność małżeństwa.**

Poglądy prawne na konkubinat były z biegiem czasu rozmaite, a także ustawodawstwo nie zachowywało się wobec niego jednakowo. Niektóre **ustawy administracyjne** występują przeciw konkubinatowi i zmuszają do jego zerwania. Autor omawia w szczególności przepisy **prawa austriackiego i pruskiego,** jakie co do tego obowiązują **na obszarze Polski,** i **praktykę** Najwyższego Trybunału Administracyjnego.

O wiele donioślejsze skutki wywołuje konkubinat **na polu prawa cywilnego.** Jako związek nie jest on uznany, konkubinie nie przysługują więc w zasadzie **żadne** prawa, a **dzieci,** urodzone przez nią, uważa się za **nieślubne.** W praktyce powstają jednak rozmaite kwestie, w szczególności **co do umów,** jakie się zawiera na przypadek zerwania stosunku, i **co do roszczeń,** z jakimi w tym przypadku występuje się w braku umowy. Wątpliwości powstają też co do **wspólnego dorobku** i co do **roszczeń konkubiny do osoby trzeciej, spowodowanej przez nią śmierci towarzysza życia** oraz **roszczeń osoby trzeciej** z powodu długów, zaciągniętych przez konkubinę.

Po omówieniu wszelkich powyższych kwestii ze stanowiska poszczególnych ustawodawstw, a zwłaszcza prawa **austriackiego, niemieckiego i francuskiego,** przy uwzględnieniu literatury oraz orzecznictwa, autor przechodzi do **prawa polskiego.** Przedtem jednak omawia jeszcze **prawo sowieckie,** które — obok małżeństwa zarejestrowanego — uznaje **małżeństwo faktyczne,** a więc stosunek równy konkubinatowi, i uwzględnia stosunki **w Stanach Zjednoczonych** Ameryki Północnej, gdzie istnieje instytucja małżeństwa, pod wielu względami zbliżona do wolnego stosunku. Stosunki te omawia, bo są one bardzo zbliżone do konkubinatu, tak ze względu na formę zobowiązania, jak i łatwości rozejścia się.

Autor nie uważa konkubinatu za bezwzględnie niemoralny. W wielu bowiem przypadkach jest on stosunkiem, nie nasuwającym **żadnej wątpliwości pod względem moralnym,** i to nawet — tu i ówdzie — wtedy, gdy jest **cudzołożnym.** Jeżeli bowiem małżonkowie przed wielu laty zerwali wspólność małżeńską, to pożycia jednego z nich z osobą trzecią nie można uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, o ile równa się ono małżeństwu. Nie można też za niemoralne uważać **żydowskiego małżeństwa rytualnego,** zawartego we formie, nie odpowiadającej przepisom prawa państwowego, ale w **opinii publicznej** uważanego za małżeństwo.

Wychodząc z zasadniczego stanowiska, że konkubinatu nie musi się uważać za związek niemoralny, dochodzi autor w poszczególnych kwestiach do wyniku, że **uznać należy niektóre roszczenia do osoby, z którą żyło się w konkubinacie.** Nie pomija jednak, że konkubinatu nie można zrównać ze związkiem małżeńskim, i w wielu przypadkach uważa zaciągnięte zo-

bowiązanie tylko za „moralne". Jest to doniosłe przy ocenieniu kwestii, czy przysporzenie majątku uważać należy za darowiznę.

Na pytanie, czy konkubina w razie ustania spółżycia może żądać wynagrodzenia za pracę, łożoną przy prowadzeniu wspólnego gospodarstwa, skłania się autor do przyznania jej odpowiedniej sumy, nie zapoznaje jednak, że w pewnych wypadkach nie podobna przyjąć, aby pracowała tak, jak służąca.

Bardzo dokładnie jest omówiona kwestia **odszkodowania konkubiny, której towarzysz uległ wypadkowi** Autor przyznaje jej rentę, a nawet — że względów słuszności — gotów jest przyznać **zadośćuczynienie za krzywdę moralną**, oświadcza się więc za wykładnią rozszerzającą. Pry tej sposobności poddaje rozbiorowi i krytyce dotyczące **przepisy kodeksu zobowiązań.**

Po szczegółowym omówieniu kwestii, wiążących się z zagadnieniem konkubinatu, kilka uwag poświęca autor zagadnieniu **małżeństwa czasowego i koleżeńskiego**, które rozpowszechnione jest w Ameryce i którego propagator jego nie chce uważać za małżeństwo **„próbne"**, chociaż polega ono na łatwym rozwiązaniu po upływie kilku lat, i na tym, że małżonkowie nie mają dzieci a po rozejściu żaden z nich nie może względem drugiego podnosić roszczeń alimentacyjnych.

Końcowe uwagi poświęcone są **ukształtowaniu prawa małżeńskiego.**

Mając wydać sąd o pracy, musimy zaznaczyć, że stanowi ona wartościowy przyczynek do zagadnienia dobrych obyczajów, a także do kwestii małżeństwa. Bogata literatura została należycie wyzyskana, przedstawienie rzeczy jest jasne, a krytyka poglądów, z którymi autor się nie zgadza, umiarkowana. Książka powinna zainteresować nie tylko prawników i socjologów, lecz i szerszą publiczność.

M. A.

Z życia korporacyjnego.

Nowe Rady Adwokackie, pierwsze utworzone na podstawie nowego prawa, rozpoczęły swe czynności w ustawowym terminie 12 sierpnia b. r. i ukonstytuowały się **na posiedzeniach organizacyjnych w sposób niżej podany.**

Rada Adwokacka w Warszawie na posiedzeniu, odbytym 5 lipca br. **pod przewodnictwem adw.** Stan. **Zielińskiego** powołała **na dziekana adw. Leona Nowodworskiego,** na 2-ch **wicedziekanów pp. Z. Blenaua i Wł. Miedzianowskiego,** na 2-ch **sekretarzy** pp. **B. Suligowskiego i J. Czerwińskiego, na skarbnika, p. L. Żaryna,** na zast. skarbnika — p. St. **Peszyńskiego,** na **I rzecznika dyscypl.** — p. **F. Zadrowskiego, na bibliotekarza** — p. **T. Słońskiego i na rzeczników dyscyplinarnych** pp.: **Albrechta** (Łódź), **Chacińskiego, Czarkowskiego, Koziołkiewicza, Kotowskiego, Orlańskiego, Ostaszewskiego, Pałęckiego, Rabskiego, Rudzińskiego,** Włodz. **Szczepańskiego i Zielińskiego.** — Nie objęli szczególnych funkcji członkowie Rady pp.: **Michalski, Rachoń i Rozensztadt.**

* * *

Rada Adwokacka w Wilnie na posiedzeniu 6 lipca br. powołała na **dziekana p. W. Łuczyńskiego, na wicedziekana — T. Kiersnowskiego,** na **sekretarza — J. Łuczywka, na skarbnika — W. Siawciałłę,** na zast. skarbnika — **Nauma Sejfera, na bibliotekarza — W. Świdę,** na **pierwszego rzecznika — W. Jankowskiego, a na rzeczników dysc.** pp. **Izr. Kapłana,** N. **Sejfera,** Wit. **Świdę,** Fr. **Wismonta** (Lida), Wac. **Siawciałłę, Jaromira Matyasza,** Józ. **Rutkiewicza** i Ant. **Żaboklickiego** (Grodno). — Wobec nielicznego składu Rady, wszyscy jej członkowie otrzymali pewne funkcje szczególne.

* * *

Rada Adw. we Lwowie powołała na dziekana p. Jana Pierackiego, na 2-ch wicedziekanów pp. Adolfa Czudowskiego i Mariana Kalińskiego, na skarbnika — p. Józefa Schmidta, na zast. skarbnika — p. Mariana Szpilę, na sekretarza — p. Jul. Bełtowskiego, na zast. sekretarza — p. A. Napadiewicza, na bibliotekarza — p. Tad. Sokołowskiego, na I rzecznika — p. J. Frankego i na rzeczników dysc. pp.: Axera, Borysiewicza, Gubrynowicza, Hoffmana, Krupińskiego, Lubaczewskiego, Strońskiego, Wróblewskiego i Wołoszyna. — Nie objęli funkcji szczególnych pp.: Ant. Konopacki, Henryk Landesberg, Wł. Łycyniak, Józ. Mieser i Włodz. Starosolski ze Lwowa oraz p. Bossakowski z Kołomyi.

* * *

Rada Adw. w Krakowie powołała na dziekana p. Stan. Rowińskiego, na I wicedziekana p. Wł. Marekowskiego, na II wicedziekana — p. Mariana Grzegorzewskiego (Kielce), na skarbnika — p. Bardela, na zast. skarbnika — p. Bierczyńskiego (Wieliczka), na sekretarza — p. Wusatowskiego, na zast. sekretarza — p. St. Grzybowskiego, na I rzecznika — p. Wasilkowskiego i na rzeczników dyscypl. — pp.: Brylińskiego, Günthera, Lilienthala i Grzybowskiego z Krakowa oraz Jankowskiego z Kielc i Kubiczaka z Wadowic. — Nie objęli oddzielnych funkcji członkowie Rady pp.: Zenon Brem, Izydor Drohocki, Teodor Kosch, Zdz. Kwieciński i Józef Skąpski z Krakowa oraz pp.: Borowczyk i Dzikiewicz z Nowego Sącza, Czarnek z Rzeszowa, Majka z Wadowic, Niemierowski z Tarnowa oraz Sandecki z Krosna. Przy mianowaniu II-go wicedziekana, Rada krakowska uwzględniła w szczególności Kielce.

* * *

Rada Adw. w Katowicach powołała na dziekana p. K. Stacha, na wicedziekana p. A. Dzięcioła, na sekretarza p. J. Grabskiego, na 2-go sekretarza i bibliotekarza zarazem p. J. Lewandowicza, na skarbnika p. P. Kopacza, na I-go rzecznika p. J. Pisarka i na rzeczników pp.: J. Klyczka (Katowice). A. Klejnerta (Chorzów) i St. Malinowskiego (Bielsko). Nie objęli poszczególnych funkcji w Radzie członkowie jej pp.: M. Cieszewski (Mikołów), K. Kisza (Skoczów) i Wł. Kowal (Katowice).

* * *

Nowopowstała wraz z przywróceniem apelacji w Toruniu Rada Adw. w Toruniu została zamianowana przez Radę Adw. w Poznaniu uchwałą z 20 maja br. — Nowoutworzona Rada toruńska na posiedzeniu z 25 maja br. powołała na dziekana p. Stef. Michałka, na wicedziekanów — pp. M. Niklewskiego (Toruń), i H. Łasińskiego (Bydgoszcz), na sekretarza i bibliotekarza p. A. Paulusa, na skarbnika p. J. Kulerskiego, na I rzecznika p. A. Mordawskiego (Toruń), na zast. I rzecznika p. St. Gramatowskiego (Bydgoszcz) i na rzeczników pp.: Barcikowskiego (Włocławek), T. Moellenbrocka (Inowrocław), Tomaszewskiego (Toruń), Wegnera (Gdynia), Żelaznego (Grudziądz). — Nieliczna Rada toruńska, podobnie jak i wileńska, powierzyła wszystkim swym członkom poszczególne funkcje.

* * *

Odnośnie do Rad adwokackich w Lublinie i Poznaniu, to Rady te na razie nie przesłały wyników uchwał posiedzeń organizacyjnych. — Do Rady lubelskiej wchodzą pp.: Bartkowicz, Grymiński, Kalinowski, Leśnikowski, Miketta, Pliszczyński, Szwentner i Zaremba z Lublina oraz Chraniewicz z Dubna, Hirszel z Równego, Niedźwiecki z Radomia i Zaściński z Łucka.

Do Rady poznańskiej weszli pp.: Brajerski, Kaniewski, Korboński, Koszewski, Kuleczka, Łebiński, Nowak, Wlazło i Wyszomirski z Poznania oraz Jaźwiński z Kalisza, Kwiatkowski z Ostrowia i Wnyszczyński z Wągrowca.

Redaktor odpowiedzialny: Dr. Anzelm Lutwak, adw. we Lwowie. — Drukiem M. Hechta we Lwowie
Składano w zecerni maszynowej M. Krella — Lwów, Kopernika 30.